

**Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis
bei der Anwendung der Vorschriften des
schweizerisch-türkischen Zivilgesetzbuches
zum Erwerb des Grundeigentums
an Privatgrundstücken**

Mümtaz Araboğlu

1964

DIE SCHWIERIGKEITEN IN DER TÜRKISCHEN PRAXIS BEI DER
ANWENDUNG DER VORSCHRIFTEN DES SCHWEIZERISCH-
TÜRKISCHEN ZIVILGESETZBUCHES ZUM ERWERB DES
GRUNDEIGENTUMS AN PRIVATGRUNDSTÜCKEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt a. M.



vorgelegt von
Rechtsanwalt
Mümtaz Araboğlu
aus Çorum / Türkei

1965

Erstgutachter : Professor Dr. Heinrich Kronstein

Zweitgutachter : Professor Dr. Hans Peter

Tag der mündlichen Prüfung : 22. Juli 1964

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	8
Abkürzungen	
Einleitung	19
I. Teil	
Die Regelung des Eigentumserwerbs an Privatgrundstücken nach dem schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuch	
Erstes Kapitel	
Die Systematik der das Sachenrecht regelnden Vorschriften des schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuches	22
Zweites Kapitel	
Der Erwerb des Grundeigentums durch rechtsgeschäftliche Übertragung	25
§ 1 Die materiellen Voraussetzungen des Grundstück- erwerbs durch Rechtsgeschäfte	25
A) Eintragung in das Grundbuch	25
I. Allgemeines	25
II. Ausnahmen des Eintragungsprinzips	30
B) Ein gültiger Rechtsgrund	40
C) Eigentum des Veräußerers oder guter Glaube des Erwerbers	47
§ 2 Die formellen Voraussetzungen des Grundstück- erwerbs durch Rechtsgeschäfte	49
A) Die Anmeldung	49
I. Begriff und Wesen der Anmeldung	49
II. Legitimation bei dem Anmeldeverfahren	55
III. Die formellen Erfordernisse der Anmeldung	58
IV. Die Rücknahme der Anmeldung	61

	Seite
B) Der Ausweis über das Verfügungsrecht und über den Rechtsgrund	63
I. Der Ausweis über das Verfügungsrecht	63
II. Der Ausweis über den Rechtsgrund	64
C) Die Zahlung der Grundbuchgebühren und der Rechtsverkehrssteuern	67
§ 3 Die Eintragung im Grundbuch	69
A) Inhalt und Form der Eintragung	69
B) Maßgebender Zeitpunkt der Eigentumsübertragung	69
§ 4 Die Wirkungen der Eintragung	71
A) Rechtsstellung der Parteien vor der Eintragung	71
B) Die Wirkungen der Eintragung	72
I. Allgemein	72
II. Sonstige Wirkungen der Eintragung	72
II. Teil	
Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis	73
Drittes Kapitel	
Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis bei der Anwendung einiger Formvorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches	73
§ 5 Die Handhabung der Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Form der Verträge auf Grundeigentumsübertragung im türkischen Recht	73
A) Die Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Form der Verträge auf Grundeigentumsübertragung	73
I. Der Formzwang für die Verträge auf Eigentumsübertragung bei Grundstücken	73
II. Die öffentliche Beurkundung	75
B) Die Zuständigkeit und das Verfahren bei der öffentlichen Beurkundung im türkischen Recht	81

	Seite
I. Allgemeine Darlegung	81
II. Die Entwicklung	82
III. Die heutige Lage	87
§ 6 Die Form der Verpfändungs- und Erbteilungsverträge im türkischen Recht	90
A) Die Form des Verpfändungsvertrages	90
I. Im schweizerischen Recht	90
II. Im türkischen Recht	90
B) Die Form des Erbteilungsvertrages	92
I. Im schweizerischen Recht	92
II. Im türkischen Recht	93
§ 7 Die Form des Auftrags oder der Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages im türkischen Recht	95
A) Im schweizerischen Recht	95
I. Doktrin	95
II. Rechtsprechung	95
B) Im türkischen Recht	96
I. Doktrin	96
II. Rechtsprechung	97
III. Die türkische Rechtspraxis	97

Viertes Kapitel

Die Schwierigkeiten im türkischen Recht durch formlose Veräußerungen der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke	99
---	----

§ 8 Die Bemühungen zur Bereinigung der vor der Einführung des Zivilgesetzbuches durch die formlosen Grundstücksveräußerungen entstandenen Rechtslage	99
A) Allgemeine Darlegung	99
B) Die Gründe solcher formlosen Grundstücksveräußerungen	100
C) Die Bemühungen zur Bereinigung der entstandenen Rechtslage	106

§ 9 Die Folgen der formlosen Veräußerungen der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke nach der Einführung des Zivilgesetzbuches	109
A) Allgemeine Darlegung	109
B) Die Gründe solcher formlosen Grundstücksveräußerungen nach der Einführung des Zivilgesetzbuches	111
C) Die Folgen beim Abschluß eines formwidrigen Grundstückskaufvertrages und dessen Nichterfüllung	112
D) Die Folgen bei der Erfüllung des formungültigen Grundstückskaufvertrages	112
I. Die Erfüllung seitens des Verkäufers	112
II. Die Erfüllung seitens des Käufers	115
III. Die beidseitige Erfüllung des formungültigen Grundstückskaufvertrages	117

Fünftes Kapitel

Die Schwierigkeiten im türkischen Recht durch die in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke	120
---	-----

§ 10 Die Veräußerung der in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke	120
A) Allgemeine Darlegung	120
B) Die Beschlüsse des türkischen Kassationsgerichtshofes	123
I. Der Plenarbeschluß v. 21. 11. 1944, Nr. 32	123
II. Der Plenarbeschluß v. 9. 10. 1946, Nr. 12	124
C) Nach der türkischen Rechtslehre	126
I. Die Meinung von Postacıoğlu	127
II. Die Meinung von Sungurbey	127
III. Die Meinung von Gürâl	128
IV. Die Meinung von Reisoğlu	129
V. Die Meinung von Tekinay	131
§ 11 Die besondere Rolle der Extratabularersitzung im türkischen Recht zum Erwerb der noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke	133

	Seite
A) Begriff und Arten der Ersitzung	133
B) Die praktische Bedeutung der Extratabularersitzung	135
I. Im schweizerischen Recht	135
II. Im türkischen Recht	136
C) Die Regelung der Extratabularersitzung	137
I. Anwendungsfälle der Extratabularersitzung	137
II. Voraussetzungen der Extratabularersitzung	144
III. Amtliche Auskundung	146
IV. Wirkungen der Extratabularersitzung	149

Sechstes Kapitel

Die Bemühungen im türkischen Recht zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch	151
--	-----

§ 12 Im Rahmen des Zivilgesetzbuches	151
--------------------------------------	-----

§ 13 Durch Sondergesetze	152
--------------------------	-----

A) Das Gesetz über die Anlegung von Kataster und Grundbuch v. 1934, Nr. 2613	153
--	-----

B) Das Gesetz zur Verteilung von Ländereien an Bauern v. 1945, Nr. 4753	153
---	-----

C) Das Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch v. 1964, Nr. 509	153
---	-----

Zusammenfassung	156
-----------------	-----

Literaturverzeichnis

- AEBY, P.: Das Grundbuch nach schweizer Recht - Orell Füßli's praktische Rechtskunde, V. Bd. Zürich 1919.
- AKALIN, M. Fahri : Gayrimenkul dâvaları ve tatbikatı (Die Immobilien-Prozesse und ihre Durchführung). İstanbul 1963.
- AKGÜN, Zerrin : Tapulama Kanunu üzerinde inceleme (Eine Untersuchung über das Gesetz zur Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch von 1950, Nr. 5602). Ad.D. 1952, Nr. 10, S. 1199 ff.
- M. K. ve Tapulama Kanunu karşısında zilyetlik (Der Besitz angesichts des ZGB und des Gesetzes über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch von 1950, Nr. 5602). Ad.D. 1952, Nr. 11, S. 1304 ff.
- Tapusuz Gayrimenkullerde haricen satış - Tescil (Der formlose Verkauf der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke - Die Eintragung). Ad.D. 1953, Nr. 2, S. 149 ff.
- Gayrimenkul satış vaadi ve Gayrimenkul bey'inde hasar (Grundstückskaufversprechen und Gefahr beim Grundstückskauf). Ad.D. 1953, Nr. 5, S. 445 ff.
- Gayrimenkul rehni - Umumi hükümler (Grundpfand - allgemeine Vorschriften). Ad.D. 1953, Nr. 7, S. 688 ff.
- AKIN, M. Zeki : Osmanlı Kanunnamelerine göre miri arazinin hukuki durumu ve intikali (Die Rechtsordnung der Miri-Grundstücke und deren Übertragung nach den osmanischen Gesetzen). Ad.D. 1950, Nr. 10, S. 1199 ff.
- AKSOY, Muammer : M. K. 639/2'nin müşterek mirasçılar arasında dahi cari olduğunu tesbit eden tevhidi İstihat Kararının, 6333 s. lî kanundan sonra tatbik kabiliyetinin kalmadığı hakkındaki yeni Tev. İqt. K. nîn şekil bakımından tahliî ve tenkidi (Die Senteze und Kritik des Plenarbeschlusses des Kassationsgerichtshofes vom 26. 5. 1954, Nr. 7/17 hinsichtlich der Form). Ad.D. 1955, Nr. 5 u. 7, S. 442 ff. u. 639 ff.
- ALİ HAYDAR : Şerhi cedit kanunu arazi (Der neue Kommentar zum Bodengesetz). İstanbul 1895.
- ANDERMATT, Alfred : Die Grundbuchliche Anmeldung nach schweiz. Recht. Diss. Fribourg 1938.

- ARSLANLI, Halil : Ticari Bey' (Handelskauf). 4. A., İstanbul 1955.
- ATIF : M.K. dan sonra satışların Tapuda yapılacağına dair (Über die Form des Grundstückskaufs, der nach der Einführung des ZGB beim Grundbuchamt zu erfolgen hat). Hukuki Bilgiler 1929.
- AUER, Joachim : Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nach Schweiz. Recht. Diss. Bern 1932 (auch in ASR 75).
- BARKAN, Ömer Lütfi : Türk Toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 T. li arazi Kanunnamesi (Über das Bodengesetz von 1274 '1858'). In der Kollektifschrift "Tanzimat", S. 321 ff.
- BECK, E. : Kommentar zum ZGB. Schlußtitel, II. Abschnitt (Art. 51-63). Bern 1932.
- BECKER, H. : Kommentar zum ZGB. Bd. VI. Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. A., Bern 1941, II. Abt., Bern 1934.
- BELGESAY, Reşit M. : M.K. dan sonra Gayrimenkuller satışının Noterde yapılacağına dair (Über die Form des Grundstückskaufs, der nach der Einführung des ZGB bei den Notaren zu erfolgen hat). Hukuki Bilgiler 1928.
- BLUMENSTEIN, Ernst : Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates. MBVR 11, S. 241 ff.
- Die rechtliche Bedeutung der Grundstückanmeldung durch den Notar. MBVR 14, S. 245 ff.
- Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung von Liegenschaftsverträgen im interkantonalen Verkehr. MBVR 19, S. 209 ff.
- BÜRGISSER, Werner : Der Grundstückskauf nach schweiz. Recht. Diss. Zürich 1924.
- ÇUMRALI, Sedat : Toprak Reformu ve Ana Kaideler (Bodenreform und Hauptregeln). Veröffentlicht in der Tageszeitung "Ulus", Ankara am 18. 2. 1964.
- EHRENZELLER, Max : Die Simulation von Verträgen nach schweiz. Recht. Diss. Bern 1951.
- ELBİR, H. Kemal : Gayrimenkul feragatına dair Yargıtay Tev. İct. kararları marifetiyle vazedilen prensiplerin sistematik sentezi (Die Senteze der Prinzipien, die durch die Plenarschlüsse des Kassationsgerichtshofes über den Grundstückskauf entwickelt worden sind). İstanbul 1950.
- ERMAN, Eyüp Sabri : M.K. dan evvele ait Tapu senetleri üzerinde bir inceleme (Eine Untersuchung über die vor der Einführung des ZGB vorhandenen Grundbuchauszüge). Ad. D. 1950, Nr. 10, S. 1281 ff.
- ESCHER, A. : Kommentar zum ZGB. Das Erbrecht, 3 A., I. Halbband, Zürich 1959, II. Halbbd., Zürich 1960.

- GLOOR, Albert : Der außergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweiz. Recht. Diss. Zürich 1929.
- GRADL, Josef : Das Grundbuchrecht nach dem schweiz. ZGB vom 10. Dez. 1907. Diss. Erlangen 1912.
- GÖSCHKE, R. : Auftrag und Vorvertrag zum Grundstückkauf. SJZ 31, S. 241 - 245.
- GUHL, Theo : Einige Fragen aus dem Grundbuch- und Grundpfandrecht. MBVR 10, S. 289 ff.
- Die interkantonale Bedeutung der öffentlichen Urkunde, MBVR 18, S. 257 ff. u. 305 ff.
- (Pers. R.) Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung. Berner Festgabe für das Bundesgericht, Bern 1924, S. 93 ff.
- (OR) Das schweiz. Obligationen Recht. 5. A., Zürich 1956.
- Die Ersitzung von Grundeigentum u. Grunddienstbarkeiten nach schweiz. ZGB. ZBJV 65, S. 241 ff.
- GÜCÜN, C. A. : Nazari ve ameli Hukuk Davaları. I. G. m. ler hakkında (Theoretische u. Praktische Rechtsfragen I. über Grundstücke). 2. A., İst. 1945.
- GÜRÂL (Akipek), Jale : Türk H. da tapuya kayıtlı olmıyan g. Menkullerin hukuki Rejimi ve M. K. 639/1 (Die Rechtslage der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke im Türk. Recht und Art. 639/1). A. H. F. D. 1952, Bd. IX, Nr. 3-4.
- GÜRZÜMAR, Fikri : G. m. mallarda senetsiz Tasarruf (Die Verfügung über die Grundstücke außerhalb des Grundbuches). Ankara 1950.
- HAAB, Robert : Kommentar z. ZGB. Sachenrecht. 2. A., Zürich 1929.
- HACCIUS, Walter : Die öffentliche Beurkundung als Form der Rechtsgeschäfte im ZGB u. im BGB. Diss. Heidelberg 1915.
- HALİM, Hamdi : M. K. dan sonra g. Menkullerin satış şekli (Die Form d. Grundstückkaufs nach der Einführung des ZGB). İst. B. D. 1928.
- HEGETSCHWEILER, Otto : Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweiz. ZGB. Das Sachenrecht, Diss. Zürich 1912.
- HİRİSTANOS : Kātitī adli senedi ile g. Menkul satışı (Der Grundstückkauf durch noterielle Urkunde.). İst. B. D. 1928.
- HIRSCH, E. Ernst : (ZHK) Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türk. Recht. ZHK, Bd. 116, S. 201 ff.
- Das schweiz. ZGB in der Türkei. SJZ 50, S. 337 ff.

- HIRSCH, E. Ernst : Zilyetliği gasp ve ona tecavüz (fuzuli ıssal) den doğan Tazminat (Ecrimisil) talepleri (Die Schadenersatzansprüche aus Besitzentziehung und Besitzstörung). In der Festschrift der Istanbuler Juristenfakultät anlässlich der 15. Jahresfeiern des Inkrafttretens des ZGB, Istanbul 1943, S. 773 ff.
- HOMBERGER, Arthur : Komm. z. ZGB. Besitz und Grundbuch. 2. A. Zürich 1938.
- HUBER, Eugen : Zum schweiz. Sachenrecht (drei Vorträge mit Anmerkungen). Bern 1914, ASR 58.
- JENNY, Franz : (öff. G.) Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweiz ZGB. ASR 17, Bern 1926.
- (Legalit.) Das Legalitätsprinzip im schweiz. Grundbuchrecht. ZBGR 11, S. 185 ff. u. 233 ff.
- Grundeigentumsersitzung und Grundbuch. SJZ 39, S. 173-181 u. 189-192.
- KELLERHALS, Adolf : Simulation im Grundstückkauf. Diss. Bern 1952.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Türk M. Huk. da g. m. satış vaadi (Das Grundstückkaufversprechen im türk. Zivilrecht). Diss. İstanbul 1959.
- KÜLEY, Muin : M. K. nun muaddel 639. maddesiyle ilgili Tev. İqt. K. hak. (Über den nach der Änderung der Art. 639 ZGB gefaßten Plenarbeschluß d. Kass.). İst. B. D. 1955, S. 125 ff.
- LEEMANN, Hans : Komm. z. ZGB. Das Eigentum. 2. A., Bern 1920.
- Die Folgen der Simulation bei formalen Rechtsgeschäften. SJZ 13, S. 273 ff.
- Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises ? SJZ 20, S. 269 ff.
- LUCK, Wolfgang : Das Verfahren vor dem Grundbuchamt. Diss. Basel 1942.
- MARDİN, Ebülülâ : Medeni Hukuk Dersleri, cilt 7, Fer'i ayni Haklar (Lehrbuch über Zivilrecht, Bd. 7, die beschränkten dinglichen Rechte). İst. 1935.
- Kavanini tasarrufiye notlari (Vorlesungen über das Grundstücksrecht). İst. 1927.
- Senetsiz tasarruf olunan g. Menkuller (Die außerhalb d. Grundbuches veräußerten Grundstücke). İ. H. F. M., 1944, Bd. X, Nr. 1-2, S. 423 ff.
- MEIER-HAYOZ, Arthur : Komm. z. ZGB. Sachenrecht. 1. Abt. : Das Eigentum. Abschnitt I. Syst. Teil u. Art. 641-654 (1. Lief. 1959; 2. Lief. 1959). Abschn. II. Das Grundeigentum (1. Lief. 1961; 2. Lief. 1963 Bern).

- MÜDERRİSOĞLU, Feridun : Toprak Reformu ve Mali Yönü (Bodenreform und dessen finanzielle Seite). Veröff. in der Tageszeitung "Ulus", Ankara am 21. -22. -23. -24. 2. 1964.
- MÜLLER, Peter : Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung. Diss. Fribourg 1938.
- MUTZNER, Paul : Komm. zum ZGB. Schlußtitel. 2. A., Bern 1924.
- Die öffentliche Beurkundung im schweiz. Privatrecht. ZSR 40, S. 103 a ff.
- NORD, Erick : Die Reform d. türk. Liegenschaftsrecht. Z. für inter. Recht, Bd. 24, II. München-Leipzig 1914.
- NUSSBAUM, Heinrich : Der Nachweis des materiellen Verfügungsrechts nach Art. 965 ZGB. Diss. Zürich 1950.
- ÖĞÜZMAN, Kemal : Mülkiyeti miras bırakan namına müseccel g. Menkule müteâllik mirasçılar arasındaki adi istihkâk davasında m. zamanla iktisap müdafaasında bulunulamıyacağı hak. (Ausf. dahingehend, daß man sich nicht beim Herausgabeanspruch über die auf den Namen des gemeinsamen Erblassers stehenden Grundstücke auf Ersitzung berufen kann). İst. B. D. 1954, S. 436 ff.
- Nam' ı müstear Meselesi (Problematik des Pseudonyms d. alten türk. Rechts; Diskussionsbeitrag). M. H. A. D. S. 118.
- OLGAÇ, S. / KARAHASAN, M. : Zilyetlik. g. m. lerin zilyetlik esasına dayanan iktisap ve tescilleri (Besitz, Grundstückserwerb aufgrund des Besitzes u. Eintragung). İst. 1956.
- OSER/SCHÖNENBERGER : Komm. z. ZGB. Obligationenrecht. Allg. T. (2. A., Zürich 1929); Die einz. Vertragsverhältnisse (2. A., 1. Halbbd. Zürich 1936, 2. Halbbd. Zürich 1945.)
- OSTERTAG, Fritz : Kommz. ZGB. Besitz u. Grundbuch 2. A., Bern 1917.
- ÖKTEM, İmran : G. m. iktisap talepleri-fevk. m. z. (Die Grundeigentums-erwerbsansprüche - ausserord. Ersitzung). Ad. D. 1955, Nr. 4, S. 299 ff.
- ÖZBİLGİN, H. / İNAN, T. : Tapulama K. nu ve tatbikati (Das Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch v. 1950, Nr. 5602 u. dessen Anwendung). Ankara 1953.
- ÖZKUNT, Ekrem : Tapusuz g. menkullerin taksimi (Die Teilung der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke). Ad. D. 1950, Nr. 4, S. 487 ff.
- PADEL, Wilhelm : Das Grundeigentum in der Türkei nach der neueren Gesetzgebung. Mitteil. d. Seminars für orient. Sprachen, Jahrg. III u. IV. Berlin 1900 u. 1901.

- PFISTER, Walther : Die Ersitzung nach schweiz. Recht. Diss. Zürich 1931
- POSTACIOĞLU, İlhan : G. m. in ferağına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti (Der Formzwang für die Verträge auf Eigentumsübertragung bei Grundstücken). Diss. İst. 1945.
- Nam'ı müstear Meselesi (Problematik des Pseudonyms d. alten türk. Rechts). M. H. A. D., S. 109 - 116.
- PRITSCH, Erick : Die Rezeption des schweiz. Zivilrechts in der Türkei. SJZ 23, S. 273 ff.
- REİSOĞLU, Safa : 26. 5. 1954 t. li Tev. İc̣t. K. muvacehesinde fevk. m. zamana müteallik bazı meseleler hak. (Einige Rechtsfragen über Extratabularersitzung angesichts des Plenarbeschlusses vom 26. 5. 1954). Ad. D. 1957, Nr. 10 u. 11, S. 922 ff. u. 987 ff.
- Yeni Tapulama Kanunu ve Toprak reformuna tesiri (Das neue Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch und dessen Auswirkung auf die Bodenreform). Ankara 1964. (Veröffentlichungen der Staatswissenschaftlichen Fakultät Ankara, Nr. 173-155).
- Fevkâlâde zaman ve ilgili İc̣t. Birleştirme K. (Extratabularersitzung u. darüber gefaßte Plenarbeschlüsse). S. B. F. D., Bd. XVII, Nr. 2, 1963, S. 361 ff.
- La Prescription extraordinaire et le Transfert des Immeubles non Immatricules en droit Suisse et en droit Turc. Diss. Lausanne 1956.
- Tapu siciline kayitli olmuyan g. menkullerde zilyetlerin gaspa karsi, himayesi (Der Schutz des Besitzers der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke gegen verbotene Eigenmacht). Ad. D. 1958, Nr. 1, S. 45 ff.
- Tescil edilmeyen gayri Menkullerin ferağı halinde hukuki durum (Die Veräußerung der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke). Ad. D. 1958, Nr. 2, S. 130 ff.
- SAYMEN, Ferit H. / ELBİR, Halid K. : Türk Eşya Hukuku (Das türkische Sachenrecht). İst. 1954.
- SEÇKİN, Racai : Toprak Reformunun Hukuki Esasları (Rechtliche Grundlagen der Bodenreform). Veröffentlicht in der Tageszeitung "Ulus", Ankara am 13. -14. 2. 1964.
- SOERGEL / SIEBERT : Kommentar zum BGB. Bd. 3, Sachenrecht. 1960
- STAUDINGER : Kommentar zum BGB. Bd. 3, Sachenrecht, 1. Teil, 11. A. 1956.

- SUAT ÖMER : Beitrag zur Geschichte des alten türkischen Grundstücksrechts. Diss. Fribourg 1935.
- SUNGURBEY (Gülümser), İsmet : İsviçre - Türk Hukukuna göre iktisabi Müruruzaman (Die Ersitzung nach dem schweiz. -türk. Recht). Diss. İstanbul 1956. (erschienen auch İ. H. F. M. Bd. XIX 1953, Nr. 1-2, S. 270 ff. u. Nr. 3-4, S. 764 ff.).
- İsviçre - Türk Hukukuna göre fevkalâde müruru zamanla iktisap sistemi (Das System des Eigentumserwerbs durch außerordentliche Ersitzung nach den schweiz. -türk. Recht). M. H. A. D. 1958, Nr. 2, S. 183 ff.
- Tapusuz gayri Menkul tasarrufunun ve haricen satımının hukuki mahiyeti (Über den formlosen Verkauf der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke). S. H. İ. M. 1950, Nr. 26, S. 72 ff.
- Arazi Kadastrounun hukuki esasları (Die rechtlichen Grundzüge der Katasteraufnahmen der Grundstücke). İst. B. D. 1951, S. 449 ff.
- SCHÖNBERG, S. : Zehn Jahre schweizerische ZGB, die Grundbuchpraxis, Aarau 1934.
- SCHWARZ, Andreas B. : Das schweizerische ZGB in der ausländischen Rechtsentwicklung. Zürich 1950.
- TARHAN, Mümtaz : Ölüncüye kadar bakma akdi (Der Verpfändungsvertrag). Ankara 1949.
- TEKİNAY, Selâhattin S. : Tapusuz gayri Menkullerin ferağı (Die Veräußerung der im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke). M. H. A. D. 1958, Nr. 2, S. 127 ff.
- TISCHENDORF, P. Andreas V. : Das Lehnwesen in den moslemischen Staaten. Leibzig 1872.
- v. TUHR, Andreas : Die Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht. ZSR (40) (1921), S. 40 ff.
- (OR) Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts. I. Halbband Tübingen 1924; II. Halbband (v. Tuhr/ Siegwart) Zürich 1944.
- TUNÇER, Sıtkı : Tapu kaydı ve müruru zaman (Der Grundbucheintrag und die Verjährung "Ersitzung"). Ad. D. 1953, Nr. 7, S. 709 ff.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Evvelki ve şimdiki Hukukumuzda göre ölüncüye kadar bakma akdi (Der Verpfändungsvertrag nach unserem alten und gegenwärtigen Recht) . M. H. A. D. 1958 Nr. 2, S. 165 ff.
- TUOR, Peter : Das schweizerische ZGB. 6. A., Zürich 1953.

- ULU, Erdoğan Ş.: Tapulu gayri Menkullerin (taşınmaz malların) haricen alım ve satımı (der formlose Kauf und Verkauf der im Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke). Ad.D. 1953, Nr. 7, S. 744 ff.
- VELİDEDEOĞLU, Hifzı V.: Erfahrungen mit dem schweiz. ZGB in der Türkei. ZSR 81 (1962) I. Halbband, S. 51 ff.
- VELİDEDOĞLU, H. V. / ESMER, Galip : Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı (Grundstücksgeschäfte und Grundbuch-praxis). 2. A., Istanbul 1956.
- WIELAND, Carl : Kommentar zum ZGB : Sachenrecht. Zürich 1909.
- YOUNG, Georg : Corps de droit ottoman. Bd. I u. VI. Oxford 1908.

A b k ü r z u n g e n

A.	= Auflage
Abs.	= Absatz
Ad.D.	= Adalet Dergisi (Zeitschrift des Justizministeriums, Ankara).
a. E.	= am Ende
A. H. F. D.	= Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Rechtsfakultät von Ankara).
a. M.	= anderer Meinung
Art.	= Artikel
ASR	= Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Verlag Stämpfle & Cie, Bern).
Bd.	= Band
Bem.	= Bemerkung
BG	= Bundesgesetz
BCB	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
CCfr	= Code civil français vom 21. März 1804
Diss.	= Dissertation
EntG	= BG über die Enteignung vom 20. Juni 1930
ff	= und nächstfolgende Seite(n)
GBG	= Das türkische Grundbuchgesetz (Tapu Kanunu) von 1934, Nr. 2644
GVo	= Grundbuchverordnung (22. Februar 1910).
İst. B. D.	= Istanbul Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer von Istanbul).
İ. H. F. M.	= İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (Zeitschrift der Rechtsfakultät von Istanbul).
JPDep	= Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement
LEG	= BG vom 12. Dez. 1940 über die Entschuldung Landwirtschaftlicher Heimwesen.
MBVR	= Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern 1903 ff.).
M. H. A. D.	= Mukayeseli Hukuk araştırmaları Dergisi, Istanbul. (Zeitschrift für vergleichende Rechtsuntersuchungen).
N	= Note (Fußnote oder Randnote).
n. F.	= neue Folge
OR	= BG über das Obligationenrecht vom 30. 3. 1911/18.

Reg. R.	= Regierungsrat
S.	= Seite
s.	= siehe
S. B. F. D.	= Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Staatswissenschaftlichen Fakultät v. Ankara).
S. B. F. Y.	= Veröffentlichungen der Staatswissenschaftlichen Fakultät Ankara.
SchKG	= BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. 4. 1889/28. Sept. 1949.
SchT	= Schlußtitel
S. H. İ. M.	= Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası (Zeitschrift für Sozialrecht und -ökonomie).
SJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.).
TGVö	= Die türkische Grundbuchverordnung
VZG	= Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. 4. 1920.
ZBGR	= Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920 ff.).
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff.
ZGB	= Schweizerische Zivilgesetzbuch v. 10. Dez. 1907.
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht (n. F. Basel 1882 ff.; Die Bandnummern beziehen sich stets auf die neue Folge).
ZHK	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Stuttgart.

Einleitung

Nun sind 39 Jahre vergangen, seitdem die Türkei das schweizerische Zivilgesetzbuch übernommen hat. Was ist in dieser Zeit aus dem schweizerischen ZGB in der Türkei geworden? Dies ist eine Frage, mit der sich insbesondere schweizerische Juristen und Rechtsgelehrte des europäischen Kontinents beschäftigen. Dieses Interesse ist nicht gegenstandslos, wenn man bedenkt, daß die Aufnahme des schweizerischen ZGB in der Türkei eine beispiellose Rezeptionsbewegung darstellt, die auch s. Z. in der juristischen Welt ein großes Aufsehen erregt hatte.

Die Übernahme des ZGB in der Türkei wird von einem Rechtsgelehrten als eine der wichtigsten und bedeutungsvollsten Vorgänge der Rechtsgeschichte nach der Rezeption des römischen Rechts in Europa, insbesondere in Deutschland, bezeichnet (1). Die Besonderheit der Übernahme des ZGB in der Türkei liegt darin, daß versucht wurde, ein Recht in einem Land einzupflanzen, welches durch sein bisheriges Rechtssystem, durch den kulturellen und religiösen Stand, sowie durch die klimatisch und geographisch bedingten Eigenschaften seines Volkes im Vergleich zu dem Land, von dem das Recht übernommen wurde, sich grundlegend unterschied (2).

Die Rezeption wurde trotz dieser Hindernisse vorgenommen, weil die neue türkische Staatsführung es sich zum Ziel gesetzt hatte, das Land westlich zu orientieren, d. h. zu europäisieren, was auch entsprechende Rechtsformen erforderlich machte. "Aber nirgend anderwärts, wo im Zeichen der Europäisierung ein europäisches Recht übernommen wurde, geschah dies mit einer ähnlich radikalen Entschlossenheit, mit der Vergangenheit restlos zu brechen. Zufolge ihres Radikalismus durfte diese Umgestaltung des Rechts in der Türkei als eine einzig dastehende juristische Revolution der gesamten Rechtsgeschichte bezeichnet werden." (3)

Seit dieser bedeutsame Schritt getan wurde, sind nun, wie gesagt, schon 39 Jahre vergangen. Vom Jahre 1926 an herrschen über das gesamte Zivilrecht der Türkei die römisch-germanisch-rechtlichen Prinzipien. Eine solche Um-

(1) Velidedeoğlu, ZSR 81 I (1962), S. 57.

(2) Velidedeoğlu, ZSR, S. 57 ff.

(3) A. B. Schwarz, S. 47.

wandlung des gesamten rechtlichen Gedankenguts konnte sich selbstverständlich nicht reibungslos vollziehen (1).

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist es, nach einer eingehenden systematischen Erläuterung im I. Teil über die Regelung des Eigentumserwerbs an Privatgrundstücken nach dem schweiz. und türk. Zivilgesetzbuch, die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis, die bei der Anwendung der Vorschriften des neuen türkischen ZGB über den Eigentumserwerb an Privatgrundstücken hervorgetreten sind, darzulegen. Es werden außerdem die Wege und Mittel erläutert, die im türkischen Recht zur Überwindung dieser Schwierigkeiten angewendet worden sind.

Die wichtigsten Voraussetzungen für die Anwendung aller Vorschriften des ZGB in Grundstücksangelegenheiten sind die Aufnahme aller im Privateigentum stehenden Grundstücke in das Grundbuch sowie die Übereinstimmung der schon vorhandenen Eintragungen im Grundbuch mit der richtigen Rechtslage. Im türkischen Recht waren bei Inkrafttreten des ZGB von diesen beiden Voraussetzungen weder die eine noch die andere ausreichend erfüllt (2). Daher entstand die dringende Aufgabe für den türkischen Gesetzgeber, diese Voraussetzungen zu schaffen.

Neben den Bemühungen im türkischen Recht zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch mußten noch Mittel und Wege gefunden werden, um den durch das Fehlen dieser Voraussetzungen entstandenen Schwierigkeiten gerecht zu werden. Außerdem wurden durch Regelung mancher Zuständigkeits- und Verfahrensfragen, für die in der Schweiz grundsätzlich das kantonale Recht Anwendung findet, in den ersten Jahren nach der Übernahme des ZGB im türkischen Recht einige Schwierigkeiten gelöst. Nach einem Überblick über diese formellen bzw. Zuständigkeitsfragen im dritten Kapitel sind die folgenden Ausführungen Gegenstand der weiteren Untersuchungen :

-
- (1) s. im allgemeinen über das Maß und die Art des Vollzugs des neuen rechtlichen Gedankenguts im türk. Recht die Ausführungen E. Hirsch (ZHK), S. 201 ff. und B. Schwarz, a. a. O. (S. 47 ff.).
 - (2) Die Zahl der in der Türkei vorhandenen Privatgrundstücke, die nach den grundsteuerlichen Unterlagen festgestellt wurde, beträgt 30.477.000. Davon sind 60% überhaupt nicht im Grundbuch aufgenommen. Nur 1/3 der übrigen 40% der Grundbucheintragungen stimmen mit der richtigen Rechtslage überein, so daß die richtigen Eigentümer auch im Grundbuch als solche eingetragen sind. Auf der anderen Seite befinden sich 2/3 solcher Grundstücke in Händen von Personen, die nicht im Grundbuch als Eigentümer ersichtlich sind. s. Akgün, Ad. D. 1952/10, S. 1199 f.

Im vierten Kapitel werden die durch die formlosen Veräußerungen der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke entstandenen Schwierigkeiten erläutert, und zwar in zwei Paragraphen : In § 8 werden die Bemühungen des türk. Gesetzgebers zur Bereinigung der vor der Einführung des ZGB durch solche Grundstücksveräußerungen entstandenen Rechtslage, nämlich die Bemühungen zur Beseitigung der nicht mehr mit der richtigen Rechtslage übereinstimmenden Grundbucheintragungen, dargelegt. In § 9 wird dagegen versucht, die Rechtsfolgen solcher Grundstücksveräußerungen, die ungeachtet der Vorschriften des ZGB weiter stattfinden, nach heutiger Rechtsprechung des türk. Kassationsgerichtshofes festzustellen.

In dem dann folgenden fünften Kapitel werden die Schwierigkeiten behandelt, die durch die in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke entstanden sind, nämlich die Veräußerung solcher Grundstücke (§ 10). In diesem Kapitel wird unter § 11 außerdem die besondere Rolle der Extratabularersitzung im türk. Recht zum Erwerb der noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke behandelt. Dabei wird die Handhabung der Vorschriften des ZGB über die Extratabularersitzung im türkischen Recht unter Berücksichtigung der schweiz. Doktrin und Rechtsprechung eingehend erläutert.

Mit der im sechsten Kapitel folgenden Darstellung der Bemühungen zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch, die im Rahmen des ZGB und durch Sondergesetze unternommen wurden, schließen diese Ausführungen.

Um das türkische Recht in dieser Hinsicht in seinem ganzen Umfang überschaubar zu machen, das durch die zahlreichen Sondergesetze und die Kassationsgerichtsbeschlüsse mit ihren sehr oft vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen äußerst kompliziert ist, werden wir es unterlassen müssen, zu allen einzelnen Fragen und Rechtsstreitigkeiten Stellung zu nehmen.

I. Teil

Die Regelung des Eigentumserwerbs an Privatgrundstücken nach dem schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuch

Erstes Kapitel

Die Systematik der das Sachenrecht regelnden Vorschriften des schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuches

Das Sachenrecht bildet den IV. Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches, der sich von Art. 641 bis 977 erstreckt (1). Dies sind aber nicht alle Bestimmungen, die zum Gebiet des Sachenrechts gehören. Rechtsquellen des Sachenrechts sind neben dem IV. Buch des ZGB noch (2) :

1. andere Teile des ZGB und Bestimmungen aus dem OR,
2. die Erlasse des Bundes, die für das Sachenrecht von Bedeutung sind, sowie
3. kantonales Recht (3).

Aus anderen Teilen des ZGB seien die folgenden Vorschriften erwähnt :

a) Die Vorschriften der Einleitung : U. a. ist Art. 1 ZGB auch zur Ausle-

-
- (1) Das entsprechende IV. Buch des türk. ZGB erstreckt sich dagegen auf Art. 618 bis 937. Die unterschiedlichen Artikelzahlen der beiden Gesetzestexte sind darauf zurückzuführen, daß bei der Übernahme sämtliche Verweisungen des schweiz. ZGB auf das Kantonale Recht nicht in das türk. ZGB aufgenommen worden sind. S. Ausführungen über die bei der Rezeption des ZGB in der Türkei vorgenommenen Änderungen : E. Pritsch, S. 273 ff. / Hirsch, SJZ, 1950, S. 338 ff. / Velidedeoğlu, ZSR, S. 54 ff.
 - (2) s. dazu eingehend Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N. 4 ff.
 - (3) Im türk. Recht kommen zur Anwendung (außer den anderen Teilen des ZGB und Bestimmungen aus dem OR) insb. die folgenden Ergänzungsgesetze und Verordnungen : - Grundbuchverordnung von 1930 - Das Grundbuchgesetz von 1934, Nr. 2644 - Gesetz über die Anlegung von Kataster und Grundbuch von 1934, Nr. 2613 - Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch von 1964, Nr. 509.

gung und Ergänzung der Vorschriften des Sachenrechts anwendbar (1). Das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmißbrauches nach Art. 2 ZGB haben im Sachenrecht eines ihrer Hauptanwendungsgebiete, ferner der Schutz des guten Glaubens (Art. 3 ZGB) und die Entscheidung des Richters nach Recht und Billigkeit (Art. 4). Gemäß Art. 7 (2) sind auch im Sachenrecht die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge heranzuziehen.

b) Im II. und III. Teil des ZGB befindliche sachenrechtlich relevante Vorschriften : Im Familienrecht die Vorschriften über das eheliche Güterrecht und das Familienvermögen; im Erbrecht die den Erwerb und die Teilung der Erbschaft regelnden Vorschriften;

Der IV. Teil des ZGB (Sachenrecht) umfaßt drei Abteilungen :

1. Das Eigentum (Art. 641 - 729) (3)
2. Die beschränkten dinglichen Rechte (Art. 730-918) (4)
3. Besitz und Grundbuch (Art. 919 - 977) (5)

Der zum Thema dieser Arbeit gehörende Teil befindet sich in der ersten Abteilung ("Eigentum"), deren Vorschriften aus der dritten Abteilung (Besitz und Grundbuch) ergänzt werden müssen.

Diese Abteilung (das Eigentum) ist in drei Teile gegliedert, die im Gesetz die Titel 18 - 20 bilden :

18. Titel : Allgemeine Bestimmungen (Art. 641 - 654) (6)
19. Titel : Das Grundeigentum (Art. 655 - 712) (7)
20. Titel : Das Fahrniseigentum (Art. 713 - 729) (8)

(1) Der türk. Richter hat jedoch gemäß Art. 1, Abs. 2 (dieser entspricht Absatz 3 des schweiz. Textes) bei seiner gesetzgeberischen Pflicht nicht wie im schweiz. Recht bewährte Lehre und Überlieferung, sondern der bewährten Lehre und den richterlichen Entscheidungen zu folgen. Der türk. Gesetzgeber wollte damit von vornherein jedem Rückfall in das alte türk. Recht vorbeugen. s. auch Pritsch, S. 275

(2) Art. 7 entspricht Art. 5 d. türk. ZGB

(3) Art. 641 - 729 entsprechen Art. 618 - 702 des türk. ZGB

(4) Art. 730 - 918 entsprechen Art. 703 - 886 des türk. ZGB

(5) Art. 919 - 977 entsprechen Art. 887 - 935 des türk. ZGB

(6) Art. 641 - 654 entsprechen Art. 618 - 631 des türk. ZGB

(7) Art. 655 - 712 entsprechen Art. 632 - 685 des türk. ZGB

(8) Art. 713 - 729 entsprechen Art. 686 - 702 des türk. ZGB

Also ist auch für das schweizerische Recht die grundlegende Einteilung in bewegliche und unbewegliche Sachen für die Eigentumsordnung von ausschlaggebender Bedeutung. Der schweizerische Gesetzgeber hat jedoch von einer durchgehenden Scheidung des Sachenrechts in Mobiliarsachenrecht einerseits und Immobiliarsachenrecht andererseits abgesehen; die einzelnen Institute stehen jedoch weitgehend unter dieser Zweiteilung; Grundeigentum (19. Titel) und Fahrniseigentum (20. Titel), Grundpfand (22. Titel) und Fahrnispfand (23. Titel).

Dieses Vorgehen im Eigentumsrecht (anders als im Pfandrecht) hat aber nicht nur zu einer zweiteilung, sondern zu einer Dreiteilung geführt, indem den Titeln über Grund- und Fahrniseigentum noch ein solcher über Allgemeine Bestimmungen vorangestellt wurde (1). Diese Allgemeinen Vorschriften zerfallen in drei Gruppe :

1. Der Inhalt des Eigentums (Art. 641) (2)
2. Der Umfang des Eigentums hinsichtlich der Nebensachen (Art. 642 - 645) (3)
3. Das gemeinschaftliche Eigentum, namentlich Miteigentum (Art. 646 - 651) (4) und Gesamteigentum (Art. 652 - 654) (5)

Die Bestimmungen über das Grundeigentum (des 19. Titels) gliedern sich in zwei Abschnitte :

Erster Abschnitt : Gegenstand, Erwerb und Verlust des Grundeigentums
(Art. 655 - 666) (6)

Zweiter Abschnitt : Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 - 712) (7)

Die Abteilung "Besitz und Grundbuch" behandelt zuerst in seinem ersten Teil (24. Titel) den Besitz (Art. 919 - 941) (8), im zweiten Teil (25. Titel) das Grundbuch (Art. 942 - 977) (9).

(1) Meier-Hayoz, Kommentierung d. 18. Titels, allg. Best., N. 1

(2) Art. 641 entspricht Art. 618 d. türk. ZGB

(3) Art. 642-645 entsprechen Art. 619-622 d. türk. ZGB

(4) Art. 646-651 entsprechen Art. 623-628 d. türk. ZGB

(5) Art. 652-654 entsprechen Art. 629-631 d. türk. ZGB

(6) Art. 655-666 entsprechen Art. 632-643 d. türk. ZGB

(7) Art. 667-712 entsprechen Art. 644-685 d. türk. ZGB

(8) Art. 919-941 entsprechen Art. 887-909 d. türk. ZGB

(9) Art. 942-977 entsprechen Art. 910-935 d. türk. ZGB

Art. 936 u. 937 des türk. ZGB, die im schweiz. Text nicht enthalten sind, bilden nur die Schlußartikel. Art. 936 bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens und Art. 937 überträgt die Ausführung des Gesetzes dem Justizministerium.

Zweites Kapitel

Der Erwerb des Grundeigentums durch rechtsgeschäftliche Übertragung

§ 1 Die materiellen Voraussetzungen des Grundstückserwerbs durch Rechtsgeschäft

A) Eintragung in das Grundbuch

I. Allgemeines

a) Zum Erwerb des Grundeigentums bedarf es neben einem wirksamen Rechtsgrund (1) der Eintragung in das Grundbuch (Art. 656, Abs. 1 ZGB) (2). Diese bildet eine allgemeine, wichtige Voraussetzung des Grundeigentums-erwerbs. Darin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen Grund- stücks- und Fahrniseigentumserwerb. Während es nach Art. 714 (3) zur Übertragung des Fahrniseigentums des Überganges des Besitzes auf den Er- werber bedarf, ist dieser keinesfalls ausreichend zur Übertragung des Grund- eigentums. Dies hängt mit der Art der Objekte zusammen; an den bewegli- chen Sachen tritt der Besitz und damit das Recht des Erwerbers leicht in Er- scheinung, während dies bei den Grundstücken durch Mangel der Offenkun- digkeit des Besitzes nicht leicht erkennbar ist. "Der Mangel der Offenkun- digkeit der Besitzverhältnisse, der bei Grundstücken besonders hervortritt, wurde daher vom Gesetzgeber wettzumachen versucht durch die Einführung eines öffentlichen Glaubens genießenden und die Funktion des Besitzes bei beweglichen Sachen ersetzenden Grundprotokolls." (4) Das Fehlen einer solchen Einrichtung würde den Geschäftsverkehr mit Grundstücken sehr be- einträchtigen, da dies eine große Unsicherheit der Eigentumsverhältnisse zur Folge hätte.

(1) s. darüber und über weitere Voraussetzungen des Grundstückserwerbs die folgenden Ausführungen.

(2) Art. 656 entspricht Art. 633 d. türk. ZGB. ---- Desgleichen bedarf es zur Errichtung der beschränkten dinglichen Rechte der Eintragung in das Grundbuch. Art. 731, 746, 783 Abs. 1, 776, Abs. 3, 781, Abs. 3 (= 704, 718, 755 Abs. 1, 748 Abs. 3, 753 Abs. 3 türk.) ZGB. Ebenso entstehen die Grundpfandrechte regelmäßig mit der Eintragung in das Grundbuch Art. 799 Abs. 1 (= 771 Abs. 1 türk.) ZGB.

(3) Art. 714 entspricht Art. 687 d. türk. ZGB.

(4) Gloor, S. 7.

Eine Lösung, nach welcher der Übergang dinglicher Rechte an Grundstücken wie bei beweglichen Sachen an die Besitzübergabe anknüpft, würde in erster Linie wirtschaftlich hochbedeutsame Immobiliarkredite unmöglich machen, da z.B. bei einer Hypothek dem Grundstückseigentümer sein Grundstück im wirtschaftlichen Gebrauchswert verloren ginge.

Andererseits ist dem Staat nur durch die Eintragung der Grundstücke in den Grundbüchern eine Möglichkeit geboten, festzustellen, in wessen Händen der Grund und Boden des Staates liegt (1).

Es gibt in der Rechtsgeschichte genügend Beispiele, die uns eine verschiedene juristische Behandlung beider Arten von Sachen zeigen. Im römischen Recht haben im allgemeinen keine wesentlichen Unterschiede zwischen Fahrnis- und Grundeigentum bestanden. Trotzdem wurde am Anfang anlässlich der Übertragung der Grundstücke und einiger Mobilien öffentliche und feierliche Handlungen vorgenommen. Solche öffentlichen Handlungen waren auch im germanischen Recht nötig, um die Grundstücke zu übertragen. Zuerst wurden diese Handlungen auf der Liegenschaft selbst, später vor breiter Öffentlichkeit, z.B. in der Kirche, noch später auch vor Gericht vorgenommen. Dadurch zeigte sich hier auch erstmals eine behördliche Mitwirkung (2). Die dabei geführten Gerichtsprotokolle gewannen immer mehr Bedeutung, da sie vom Beweismittel zum wesentlichen Erfordernis des Eigentumsüberganges wurden (3). Es wird allgemein angenommen, daß diese Gerichtsprotokolle Vorläufer der heutigen Grundbücher sind (4).

b) Gegenstände des Grundeigentums sind die Grundstücke und die Miteigentumsanteile an Grundstücken. Was aber im ZGB unter Grundstück zu verstehen ist, bedarf einer besonderen Erläuterung, da zu den Grundstücken nicht nur Liegenschaften zählen. Neben dem eigentlichen Objekt des Grundeigentums, nämlich Liegenschaften, sind die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte an Liegenschaften und die Bergwerke (im Sinne der Bergbauberechtigung) unter den Begriff "Grundstücke" einbezogen (Art. 655, wiederholt in Art. 943, Abs. 1) (5). Die Letztgenannten sind entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht Grundstücke im eigentlichen

(1) Velidedeoğlu/Esmer, S. 160.

(2) Auer, S. 4 f.

(3) Auer, S. 5 f.

(4) Velidedeoğlu/Esmer, S. 160.

(5) Art. 655 u. 943 entsprechen Art. 632 u. 911 d. türk. ZGB.

Sinne, sondern werden z.T. nur so behandelt, wie wenn sie Grundstücke wären (1). Dadurch wurde vor allem eine den aktuellen wirtschaftlichen Bedürfnissen und der deutschrechtlichen Tradition entsprechende Regelung geschaffen (2).

1. Die Liegenschaften (3) : Im Gegensatz zu den beweglichen Sachen von Art. 713 ZGB sind sie unbewegliche (körperliche) Sachen mit Einschluß ihrer Bestandteile, wie Bauten, Pflanzen, Quellen und Grundwasser (Art. 642, 667 Abs. 2, 704 Abs. 1 u. 3) (4), jedoch mit Ausschluß der Fahrnisbauten (Art. 677) (5), sowie der Fahrnispflanzen (Art. 678, Abs. 1) (6). Sie werden als räumlich abgegrenzte Teile der Erdoberfläche umschrieben, jedoch sind sie im Sinne des Grundbuchrechts "derjenige abgegrenzte Teil der Bodenfläche, der als in sich abgeschlossenes Ganze den Gegenstand dinglicher Rechte bildet". In diesem Sinne können auch Gewässer (Seen, Flüsse, Bäche, Kanäle, Teiche) zu den Liegenschaften gehören.

2. Die selbständigen und dauernden Rechte (7) : Neben dem Baurecht (Art. 779, Abs. 3), dem Quellenrecht (Art. 780, Abs. 3) (8) und der Wasserrechtsverleihung (Art. 59 WRG), die im Gesetze ausdrücklich erwähnt worden sind, können auch alle anderen selbständigen und dauernden Nutzungsrechte an Grundstücken (Art. 781) (9), Personalgrundlasten und selbständige, dauernde Rechte des kantonalen Rechts (Korporationsanteilsrechte, ehehafte Wasser-, Tavernen- und Fischereirechte) einer liegenschaftsgleichen Behandlung unterstellt werden. Allerdings müssen die unten aufgezählten Voraussetzungen gegeben sein, um die Aufnahme eines solchen Rechtes in das Grundbuch als Grundstück zu ermöglichen.

(1) Meier-Hayoz, Art. 655, N. 5.

(2) Meier-Hayoz, Art. 655, N. 14 / Haab, Art. 655, N. 1.

(3) Meier-Hayoz, Art. 655, N. 7-11 / Haab, Art. 655, N. 2-3 / Homberger, Art. 943, N. 3-5.

(4) Art. 642, 667, 704 entsprechen Art. 619, 644, 679 d. türk. ZGB.

(5) Art. 677 entspricht Art. 654 d. türk. ZGB.

(6) Art. 678 entspricht Art. 655 d. türk. ZGB.

(7) Ausführl. darüber : Meier-Hayoz, Art. 655, N. 14 ff / Haab, Art. 655, N. 5, Homberger, Art. 943, N. 7 ff / Gradl, S. 3 f / Jenny, öff. G. S. 144 ff / Huber, S. 75 f, A. 1 / Leemann, Art. 655 N. 15 ff u. 796 N. 22-25 / Ostertag, Art. 943, N. 5 ff.

(8) Art. 779, 780 entspricht Art. 751, 752 d. türk. ZGB.

(9) Art. 781 entspricht Art. 753 d. türk. ZGB.

- Das Recht muß als Dienstbarkeit an einem in Privateigentum stehenden Grundstück oder an öffentlichem Boden bestehen. (Art. 7, Abs. 2, Ziff. 1 GVo) (1);
- das Recht muß selbständig sein, d. h. weder zugunsten eines herrschenden Grundstücks noch ausschließlich zugunsten einer bestimmten Person errichtet sein; (Art. 7, Abs. 2, Ziff. 1 GVo);
- das Recht muß dauernd, d. h. auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit, begründet sein, (Art. 7, Abs. 2, Ziff. 2 GVo);
- es muß ein selbständiges Hauptbuchblatt eröffnet werden, wozu - im Gegensatz zur Aufnahme der Liegenschaften, die von Amts wegen erfolgt (Art. 1, Abs. 1 GVo) (2) - ein schriftlicher Antrag des zur Zeit aus der Dienstbarkeit Berechtigten erforderlich ist (Art. 7, Abs. 1 GVo).

3. Die Bergwerke : Unter Bergwerk wird nach allgemeiner Ansicht (3) nicht eine körperliche Sache, nämlich die Minerallagerstätte selbst, sondern das Recht zur bergbautechnischen Ausbeutung von im Erdinnern befindlichen Rohstoffen verstanden. Die Ordnung des Bergrechts ist nicht durch Bundesrecht (von den Vorschriften der Art. 655, 943 und 771 ZGB abgesehen), sondern durch kantonales Recht erfolgt.

c) Das ZGB spricht in seinem Art. 656, Abs. 1 (4) den wichtigsten Grundsatz des Grundeigentumserwerbs aus, nämlich das Eintragungsprinzip. Danach bedarf es zum Erwerb des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch (5). Wie sich auch aus Art. 971, Abs. 1 ZGB (6) ergibt, be-

-
- (1) Art. 7 GVo entspricht d. Art. 8 d. türk. GVo v. 1930.
 - (2) Art. 1 GVo entspricht Art. 3 d. türk. GVo.
 - (3) Meier-Hayoz, Art. 655, Nr. 54-57 und dort erwähnte Literatur.
 - (4) Art. 656 entspricht Art. 633 d. türk. ZGB.
 - (5) "Dem Eintragungszwang unterliegt auch die Übertragung des Eigentums an Grundstücken, die dem Buchungszwang unterliegen, aber versehentlich nicht in das Grundbuch aufgenommen sind; diese müssen daher vorerst gebucht werden. Dasselbe gilt auch für die Übertragung öffentlicher Grundstücke, und zwar selbst im Falle der Übertragung von einem Hoheitsträger auf einen anderen, wo das buchungsfreie Grundstück also auch in den Händen des Erwerbers buchungsfrei bleibt. Das Grundstück ist zum Zwecke der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch aufzunehmen und nachher wieder auszubuchen. Anders nur, wenn die grundbuchliche Behandlung durch einen andern Verwaltungsakt oder einen Akt der Gesetzgebung ersetzt wird." Meier-Hayoz, Art. 656, N. 10.
 - (6) Art. 971 entspricht Art. 929 d. türk. ZGB.

stehen keine dinglichen Rechte, wenn sie nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind, und es kann daher kein dingliches Recht begründet werden ohne Eintragung in das Grundbuch. Also verschafft dem Erwerber grundsätzlich nur die Eintragung in das Grundbuch das Eigentum an Grundstücken (sog. absolutes Eintragungsprinzip). Nicht jeder Eigentumserwerb an Grundstücken vollzieht sich jedoch mit der Eintragung in das Grundbuch. Das Gesetz nennt in Abs. 2 des gleichen Artikels die Ausnahmen vom Eintragungszwang, nach denen der Eigentumserwerb an Grundstücken ohne vorherige Eintragung in das Grundbuch möglich ist. Eine nachträgliche Eintragung wird nur dann nötig, wenn der Erwerber über solche Grundstücke grundbuchlich verfügen will. Deshalb ist hier von einem "relativen Eintragungsprinzip" die Rede.

Solche unterschiedlichen Rechtsstellungen zeigen deutlich, daß die Feststellung der Geltungsbereiche des absoluten und relativen Eintragungsprinzips von großer Bedeutung ist. In Anbetracht der in Art. 656, Abs. 2 genannten Ausnahmen ergibt sich, daß die Durchführung des absoluten Eintragungsprinzips in den meisten Fällen auf rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragungen beschränkt ist, nämlich da, wo das Eigentum an einem Grundstück von einer Person aufgrund eines Rechtsgeschäfts einer anderen übertragen werden soll (1).

(1) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 7 u. 11

Als solche Rechtsgeschäfte kommen in Betracht :

1. Kaufvertrag (Art. 184 ff schweiz. = 182 ff türk. OR),
2. freiwillige Steigerung (öffentliche oder nicht öffentliche), Art. 229 ff = 225 ff türk. OR,
3. Verkauf aus freier Hand (im Konkursverfahren) Art. 256 SchKG,
4. Tausch (Art. 237 ff OR),
5. Schenkung (Art. 239 ff OR),
6. Vermächtnis (Art. 484, 562 ZGB),
7. Änderung von Miteigentumsquoten und Veräußerung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück (Art. 646 Abs. 3 ZGB), Aufhebung des Miteigentums, mit Ausnahme der richterlichen Aufhebung, (Art. 652 ZGB), Veräußerung eines ganzen im Miteigentum stehenden Grundstückes an einen Dritten oder an einen Miteigentümer,
8. Umwandlung von Miteigentum in Gesamteigentum,
9. Illationsvertrag,
10. Die Veräußerung eines im Gesamteigentum stehenden Grundstückes (während des Bestehens oder bei der Liquidation einer Gesamthand-schaft),
11. Umwandlung der Gesellschaftsform, sofern die Rechtspersönlichkeit nicht die gleiche bleibt,

II. Ausnahmen vom Eintragungsprinzip

Das absolute Eintragungsprinzip schafft in den Grundstückserwerbsgeschäften Sicherheit und Einfachheit, da jeder sich auf die Richtigkeit der Grundbucheintragungen ohne weiteres verlassen kann. Wie sich aber z.B. beim Erwerb durch Erbgang ganz deutlich ergibt, ist eine absolute Durchführung des Eintragungsprinzips nicht immer möglich: "Würde auch der Erbe erst mit der Eintragung Eigentümer, so wäre vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers bis zur Eintragung des Erben niemand Eigentümer!" (1) Um aber die nachteiligen Wirkungen des außerbuchlichen Erwerbs zu beseitigen, - es kann u. a. vorkommen, daß der im Grundbuch Ersichtliche nicht mehr das Grundstück besitzt -, wurde im Gesetz ein weiterer Grundsatz verankert: Ein "außerbuchlicher Erwerber" kann über sein Grundstück grundbuchlich erst verfügen, wenn er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist (Art. 656, Abs. 2).

Bevor die Ausnahmen vom Eintragungsprinzip im einzelnen erörtert werden, muß man noch einen Blick auf die Rechtsstellung des außerbuchlichen Erwerbers vor der Eintragung in das Grundbuch werfen (2):

a) Aufgrund der Verfügungsbeschränkung des außergrundbuchlichen Erwerbers nach Art. 656, Abs. 2 ZGB, die ihm vor seiner Eintragung in das Grundbuch die grundbuchlichen Verfügungen untersagt, könnte man an seiner Eigenschaft als Eigentümer zweifeln. Kann man ihn noch als Eigentümer betrachten, wenn er über seine ohne vorherige Eintragung erworbenen Grundstücke nicht grundbuchlich verfügen darf?

Der Wortlaut des Art. 656 ZGB läßt darüber keinen Zweifel. Der buchfreie Erwerber ist Eigentümer, obwohl durch die Beschränkung des Abs. 2 ziemlich viele seiner Eigentümerrechte eingeschränkt werden. Er hat

-
12. Aufhebung einer juristischen Person, wenn die Übereignung an einen andern Anfallberechtigten als das Gemeinwesen erfolgt (Art. 57 ZGB),
 13. Übereignung der Grundstücke einer Einmanngesellschaft auf den Alleinaktionär.
 14. Übertragung des Eigentums an den gewidmeten Grundstücken vom Stifter auf die Stiftung,
 15. Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge im Gesellschaftsrecht.
- Meier-Hayoz, Art. 656, N. 12 ff.

(1) Wieland, Art. 656, N. 1.

(2) s. darüber ausführl. Gloor, S. 17 ff / Meier-Hayoz, Art. 656, N. 66 ff.

zwar grundsätzlich alle Rechte und Pflichten wie ein im Grundbuch eingetragener Erwerber; allerdings mit der Ausnahme, daß er die grundbuchlichen Verfügungen nicht vornehmen darf (1). Man kann auch nicht sagen, daß ihm alle grundbuchlichen Verfügungen nicht erlaubt seien; er kann gewiß das Eigentum über seine außerbuchlich erworbenen Grundstücke nicht übertragen, da er hierfür im Grundbuch erst als Eigentümer eingeschrieben sein muß. Er kann aber u. a. die nachstehend aufgeführten grundbuchlichen Verfügungen vornehmen. Aufgrund von Art. 665, Abs. 2 ZGB (2) kann er seine Eintragung in das Grundbuch erwirken oder den Eintrag einer seine Grundstücke belastenden Nutznießung, Grunddienstbarkeit oder Grundlast nach dem materiellen Untergang des Rechts durch Zeitablauf, Enteignung, Urteil usw. von sich aus löschen lassen. Zusammenfassend kann man sagen: unerlaubte grundbuchliche Verfügungen in diesem Sinne sind nur solche, die materielle Änderungen im dinglichen Rechtsbestand des Grundbuches herbeiführen. Demgegenüber kann er die die materielle Rechtslage nicht berührenden Eintragsänderungen vornehmen (3). Er untersteht wie die eingetragenen Eigentümer den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und den nachbarrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes. Für sein Grundstück hat er sich ggfs. zu verantworten und zu haften (Art. 679 ZGB und 58, OR) (4). Es steht dem buchfreien Erwerber auch ohne weiteres zu, von dem Richtigstellungsanspruch nach Art. 975 (5) und von den Ansprüchen der Art. 926 - 929 (6) ZGB (Schutz des Besitzes) Gebrauch zu machen. Er vererbt sein Recht auf seine Nachfolger. Im Falle des Konkurses können seine noch nicht eingetragenen Eigentumsrechte zur Konkursmasse gezogen werden (Art. 197 SchKG). Auch die Pfändung und die Arrestierung sind möglich, sofern es dem Gläubiger gelingt, glaubhaft zu machen, daß der Schuldner

-
- (1) Die Zuwiderhandlung des buchfreien Erwerbers gegen dieses Verbot verhindert aber auch nicht den Eintritt der bezweckten Änderung, da Abs. 2 d. Art. 656 eine bloße Ordnungsvorschrift darstellt und die Eintragung nur deklarative Bedeutung hat, d. h. es ist nicht erst die Eintragung, die ihm das Eigentum verschafft, sondern es wird dadurch nur seine Rechtsstellung als Eigentümer bestätigt. Gloor, S. 17. - Meier-Hayoz, Art. 656, N. 73
- (2) Art. 665 entspricht Art. 642 d. türk. ZGB.
- (3) Gloor, S. 24.
- (4) Art. 679 ZGB, 58 OR entsprechen Art. 656 d. türk. ZGB u. 59 türk. OR.
- (5) Art. 975 entspricht Art. 933 d. türk. ZGB.
- (6) Art. 926-929 entsprechen Art. 894-897 d. türk. ZGB.

das Eigentum ohne Eintragung ins Grundbuch erworben hat (1). Trotzdem hat der buchfreie Erwerber kein Interesse daran, seine Eintragung in das Grundbuch zu verzögern. Es besteht für ihn die Gefahr, solange er nicht im Grundbuch als Eigentümer ersichtlich ist, daß sein Grundstück von dem Eingetragenen an einen Dritten veräußert und dieser im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen wird. Nach Art. 973 ZGB (2) ist solcher Erwerb eines gutgläubigen Dritten gültig. Seine Rechtsstellung wirkt sich sogar in Hinsicht auf die Beweislast für ihn nachteilig aus. Da er nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, kann er sich nicht auf die volle Beweiskraft des öffentlichen Registers (hier Grundbuch) nach Art. 9 ZGB (3) stützen. Er muß dann die Beweislast dafür tragen, daß das Grundbuch unrichtig ist. Um solche Beschränkung, Gefahren und Nachteile zu vermeiden und auch den Grundbuchbeamten die Feststellung des richtigen Verfügungsberechtigten zu ermöglichen, ist die rechtzeitige Eintragung des außergrundbuchlichen Erwerbes wünschenswert und das Ziel des Gesetzgebers.

b) Die einzelnen außergrundbuchlichen Erwerbsarten : Die in Art. 656, Abs. 2 aufgezählten Fälle bilden nicht alle Ausnahmen vom Eintragungsprinzip (4). Andere Fälle findet man insbesondere im Handelsrecht und auch in anderen Bestimmungen des ZGB. Aber da es sich um Ausnahmen handelt, darf man solche Fälle durch Analogien nicht vermehren. Hierfür gilt der Grundsatz, daß von dem Gesetz ein derartiger Fall deutlich geregelt werden und jede Ausnahme sich auf eine gesetzliche Bestimmung stützen muß (5).

aa) In Art. 656, Abs. 2 ZGB aufgezählte Ausnahmen vom absoluten Eintragungsprinzip :

1) Aneignung :

Nach Art. 658 ZGB (6) sind hier zwei Fälle zu unterscheiden :

- 1.) Die Aneignung von Land, das nicht in das Grundbuch aufgenommen ist (Abs. 2),
- 2.) Die Aneignung eines im Grundbuch eingetragenen Grundstücks (Abs. 1).

(1) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 68, 71

(2) Art. 973 entspricht Art. 931 d. türk. ZGB

(3) Art. 9 entspricht Art. 7 d. türk. ZGB

(4) Gloor, S. 16 - Meier-Hayoz, Art. 656, N. 3 - Gradl, S. 48; a. M. BGE 76 I, 183

(5) Gloor, S. 16

(6) Art. 658 entspricht Art. 635 d. türk. ZGB

Zu 1.) Nicht in das Grundbuch aufgenommene Grundstücke (1) unterstehen den Bestimmungen für herrenlose Sachen. Sie sind nach Art. 664, Abs. 1 ZGB unter die Hoheit des Staates gestellt. Über ihre Aneignung enthält das kantonale Recht die erforderlichen Bestimmungen (Art. 664, Abs. 3) (2)

Zu 2.) Voraussetzungen für die Aneignung eines "im Grundbuch eingetragenen Grundstücks" (3) sind (4) :

a) Der Eigentümer muß auf das Eigentum über das Grundstück verzichtet haben. Dies ist nur möglich, wenn er durch eine schriftliche Erklärung bei dem Grundbuchamt seinen Verzicht erklärt und nach dieser Erklärung die Eintragung gelöscht wird.

b) Das Grundstück muß nach dem Verzicht herrenlos werden. Das ist nicht immer der Fall, da die Kantone unmittelbar mit dem Verzicht den Anfall solcher Grundstücke an das Gemeinwesen vorschreiben können.

(1) Dies bezieht sich nicht auf ungebuchte Grundstücke, sondern nur auf solche, die deswegen nicht eingetragen sind, weil sie dem Buchungszwang nicht unterliegen (Art. 944 ZGB). Für die versehentlich nicht gebuchten aber dem Buchungszwang unterliegenden Grundstücke besteht nach Art. 658 keine Möglichkeit zur Aneignung. Bei diesen ist außer der Extratabularersatzung (Art. 662 ZGB) die weitere Möglichkeit in Betracht zu ziehen, die Aufnahme des Grundstückes in das Grundbuch zu verlangen (dem Grundbuchverwalter obliegt ja die Pflicht zur Aufnahme von Amtes wegen : Art. 1, Abs. 1 GVo), und dann die Aneignung zu vollziehen. - Meier-Hayoz, Art. 658, N. 17 und N. 2

Da im türk. Recht (wie im II. Teil dieser Arbeit - Kapitel 4 u. 5 - ausführlich dargestellt wird) 60 % der in Privateigentum stehenden und daher dem Buchungszwang unterliegenden Grundstücke nicht in das Grundbuch aufgenommen sind, findet die Bestimmung der Art. 658 Abs. 2 in der Türkei sehr selten Anwendung. In der Praxis kommt in den meisten Fällen die Extratabularersatzung in Betracht. - s. ausführl. Velidedeoğlu/Esmer, S. 488 ff. / Gürâl, S. 47 (N. 5) u. 71 ff / Olgaç/Karahasan, S. 115 ff.

(2) Der entsprechende Artikel (641) d. türk. ZGB verweist hier auf die zu erlassenden Sonderbestimmungen. Solche Bestimmungen enthalten u. a. das Grundbuchgesetz von 1934, Nr. 2644, das Gesetz zur Verteilung von Ländereien an Bauern von 1945, Nr. 4753 und Gesetz zur Entwässerung und dadurch gewonnenen Bodens von 1950, Nr. 5516

(3) Hier ist der Begriff "Grundstück" nicht im weiteren Sinne des Art. 655 zu verstehen. Er ist in diesem Zusammenhang identisch mit Liegenschaft. Dienstbarkeiten, Grundlasten oder Miteigentumsanteile können nicht angeeignet werden. Meier-Hayoz, Art. 658, N. 4

(4) Gloor, S. 127 ff / Meier-Hayoz, Art. 658, N. 6-7

Der Erwerb durch Aneignung ist ein originärer Erwerb, weil durch den Verzicht die Rechte des bisherigen Eigentümers erlöschen. Sie entstehen wieder bei der Person, die sich das herrenlose Grundstück aneignet. Die Aneignung findet durch die Inbesitznahme des herrenlosen Grundstückes in der Absicht des Eigentumserwerbes statt (1). Wie beim Erwerb des Fahrniseigentums erfolgt auch die Aneignung des Grundstückes mit der Inbesitznahme, nicht erst mit der Eintragung in das Grundbuch. Die Aneignung vollzieht sich ohne die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch. Der Erwerber kann sich dann durch ein schriftliches, einseitiges Begehren in das Grundbuch eintragen lassen.

2) Erbgang :

Mit dem Tode des Erblassers wird die Erbschaft als Ganzes von den gesetzlichen und eingesetzten Erben kraft Gesetzes (auch ohne ihr Wissen) erworben (Art. 560 ZGB) (2). Zum Erwerb der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke braucht man nicht die Eintragung in das Grundbuch; jedoch ist eine Eintragung in das Grundbuch notwendig, wenn man über erworbene Grundstücke grundbuchlich verfügen will (Art. 656, Abs. 2).

Wenn mehrere Erben vorhanden sind, wird man diese nicht als einzelne, sondern als eine Erbengemeinschaft behandeln. Dann sind die Erben hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände Gesamteigentümer, und das Recht geht für jeden auf die ganze Sache (Art. 652 ZGB) (3). Eine Erbengemeinschaft erlischt durch die Erbteilung. Das geschieht nach Art. 634 ZGB (4) auf verschiedene Weise; entweder mit der Aufstellung und Entgegennahme der Lose, sog. Realteilung, oder mit dem Abschluß eines schriftlichen Teilungsvertrages (5). In beiden Fällen vollzieht sich die Eigentumsübertragung nach der allgemeinen Regel des Art. 656, Abs. 1 mit der Eintragung in das Grundbuch. Natürlich steht es jedem Miterben zu, die Teilung der Erbschaft zu beliebiger Zeit beim Gericht zu verlangen, soweit er nicht durch Vertrag, durch Vorschrift des Gesetzes (Art. 605, Abs. 1, 621^{bis}; 622, Abs. 1 ZGB (6), durch

(1) Gloor, S. 132 - Meier - Hayoz, Art. 658, N. 3

(2) Art. 560 entspricht Art. 539 d. türk. ZGB

(3) Art. 652 entspricht Art. 629 d. türk. ZGB

(4) Art. 634 entspricht Art. 611 d. türk. ZGB

(5) s. über die Form und Gegenstand des Erbteilungsvertrages im türk. Recht S. 92 ff

(6) Art. 605 und 622 entsprechen Art. 584 u. 599 d. türk. ZGB. Das türk. ZGB enthält Art. 621^{bis} nicht, da dieser erst im Jahre 1947 gemäß Art. 94 LEG in das ZGB eingefügt worden ist.

den Richter (Art. 604, Abs. 2) (1), durch den Erblasser oder durch Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine andere Gesamthandsart zur Gemeinschaft verpflichtet ist (Art. 604, Abs. 1 ZGB).

Im Gegensatz zum gesetzlichen und eingesetzten Erben wird der Vermächtnisnehmer mit dem Tode des Erblassers noch nicht Eigentümer des vermachten Grundstücks, bis der einzige Erbe oder die Erbengemeinschaft den Vermächtnisanspruch erfüllt und der Name des Vermächtnisnehmers in das Grundbuch eingetragen wird (Art. 562 ZGB, Art. 18 GVo) (2).

Um den gesetzlichen Erben eine Eintragung in das Grundbuch zu ermöglichen, haben diese als Ausweis über ihre Anerkennung als einzige Erben des Erblassers eine Bescheinigung zu erbringen (Art. 18 GVo). Solche Erbgangsbescheinigungen werden durch die zuständigen Behörden nach kantonalem Recht ausgestellt (3). Für die eingesetzten Erben wird die Bescheinigung in Art. 559, Abs. 1 ZGB (4) geregelt. Allerdings genügt für beide Fälle das Vorliegen dieser Bescheinigungen beim Grundbuchamt noch nicht für die Eintragung in das Grundbuch. Nach der allgemeinen Regel des Art. 963 muß noch eine schriftliche Erklärung (Anmeldung) vorgenommen werden.

3) Enteignung :

Die Enteignung ist ein staatlicher Hoheitsakt, bei dem private Grundstücke im Falle der Feststellung eines öffentlichen Interesses gegen Entgelt vom Staat erworben werden. Sie stellt einen öffentlich-rechtlichen Akt dar; sie unterliegt daher auch den öffentlich-rechtlichen Gesetzen (5). Ein Grundstückskauf zwischen Staat und Privateigentümer wäre allein noch nicht Enteignung. Es muß auch ein Zwang vorhanden sein, durch welchen Privateigentümer ihr Eigentum an den enteigneten Grundstücken verlieren. Solch ein öffentlich-rechtlicher Akt interessiert uns hier nur insoweit, als er auch einen Eigentümerwechsel darstellt. Der Eigentumserwerb des Staates bei der Enteignung erfolgt ebenfalls ohne vorherige Eintragung in das Grundbuch. Dieser Er-

-
- (1) Art. 604 entspricht Art. 583 d. türk. ZGB
 - (2) Art. 562 ZGB u. 18 GVo entsprechen Art. 541 d. türk. ZGB u. Art. 19 Ziff. 2 d. türk. GVo. - Haab, Art. 652-654 ZGB, N. 37
 - (3) Im türk. Recht ist dafür der Friedensrichter zuständig.
 - (4) Art. 559 entspricht Art. 538 d. türk. ZGB. Nach türk. Gesetzestext ist jedoch die erforderliche Bescheinigung durch den Friedensrichter zu verlangen.
 - (5) s. über das im türk. Recht geltende Enteignungsgesetz, die Verordnungen und deren Bestimmungen : Velidedeoğlu / Esmer, S. 514 ff und dort zitierte Literatur.

werb ist lastenfrei und originär, da enteignete Grundstücke von allen bisherigen privatrechtlichen Beziehungen losgelöst sind, als ob diese Grundstücke für sich untergegangen wären (1).

Durch die die Enteignung regelnden Gesetze wird meistens der Zeitpunkt der Bezahlung der Entschädigung oder der Hinterlegung der vollen Entschädigungssumme als maßgebend für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung angenommen. Eine Besitzergreifung, Eintragung in das Grundbuch oder irgendeine andere Form sind nicht erforderlich (2).

4) Zwangsvollstreckung :

Im schweizerischen Recht unterscheidet man zwei Arten der Versteigerung : Die Zwangsversteigerung, die als solche ins Betreibungs- und Konkursgesetz gehört, und die freiwillige Versteigerung, die auf dem freien Willen des Veräußerers beruht und im OR geregelt ist (3). Bei letzterer ist noch zu unterscheiden : freiwillige öffentliche Versteigerung, die öffentlich angekündigt wird und bei der jedermann bieten darf, und die freiwillige nicht öffentliche (private) Versteigerung, an der nicht jedermann bieten kann.

a) Grundstückserwerb durch Zwangsversteigerung stellt eine außergrundbuchliche Erwerbsart dar. Der Erwerbsgegenstand geht mit dem Zuschlag, der eine amtliche Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes ist, auf den neuen Erwerber über (4).

Das Betreibungs- oder Konkursamt hat den vollzogenen Grundeigentumserwerb von Amts wegen bei den Grundbuchamt anzuzeigen (Art. 66 VZG) (5).

(1) Gloor, S. 115

(2) Entsprechendes gilt im Falle des Abschlusses eines Expropriationsvertrages, bei der Wiederenteignung, bei der Änderung der Eigentumsverhältnisse nach Art. 7 und 26 Ent. G. und bei den Anwendungsfällen der Impropriation. Meier-Hayoz, Art. 656, N. 96

(3) Im türk. Recht ist das Verfahren der Zwangsversteigerung durch das türk. Betreibungs- und Konkursgesetz, Nr. 2004 geregelt.

(4) Diese Regel ist im türk. Recht, außer in Art. 633, Abs. 2 (Art. 656 ZGB), noch in Art. 134 des türk. Betreibungs- und Konkursgesetzes ausgesprochen. - Nach Art. 229 Abs. 1 (= Art. 225, Abs. 1 d. türk.) OR kommt auf einer Zwangsversteigerung der Kaufvertrag auch durch Zuschlag zustande. s. d. Ausfüh. Oser/Schönenberger, Vorb. zu Art. 229-236 N. 12 und dort zitierte Literatur.

(5) Die entsprechende Bestimmung enthält Art. 135 d. türk. Betr. - und Konkursgesetzes.

Der neue Erwerber wird vom Grundbuchbeamten aufgrund dieser Anzeige in das Grundbuch eingetragen. Diese Anmeldung geschieht vermittle eines obligatorischen Formulars (Art. 23, Anleitung z. VZG). Der im Konkursverfahren zulässige Verkauf aus freier Hand (Art. 238, 256 SchKG) stellt demgegenüber eine grundbuchliche Erwerbsart dar. Er unterliegt dem Eintragungszwang mit der Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung (1), jedoch ist hier zur Anmeldung nicht der Erwerber selbst, sondern, wie vorher erwähnt, die Behörde (hier Konkursamt) befugt.

b) Der Grundstückserwerb durch freiwillige öffentliche Versteigerung (Art. 229, Abs. 2 OR) (2)

Der Kaufvertrag kommt mit der Erklärung des Zuschlages durch den Veräußerer selbst (Art. 229, Abs. 2) oder durch den Leiter der Versteigerung (Art. 229, Abs. 3) zustande, ohne öffentliche Beurkundung. Der Grundeigentumserwerb aber vollzieht sich erst mit der Eintragung in das Grundbuch (Art. 235, Abs. 1) (3). Die Versteigerungsbehörde hat den Zuschlag bei dem Grundbuchamt anzuzeigen (Art. 235, Abs. 2).

c) Bei der freiwilligen nicht öffentlichen Versteigerung.

Wenn der Gegenstand Grundeigentum ist, wird der Kauf erst durch (nachträglich vorzunehmende) öffentliche Beurkundung perfekt. Zum Eigentumsübergang ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich, und die Anmeldung erfolgt durch den Veräußerer.

5). Richterliches Urteil :

Durch ein rechtskräftiges Urteil (4) kann ein Grundeigentumserwerb außergrundbuchlich eintreten, wenn es sich um ein Urteil handelt, das die Rechts-

-
- (1) Meier-Hayoz, Art. 656 N. 102 u. Art. 657 N. 28; Homberger, Art. 963 N. 38 / Beck, Art. 55 Schl. N. 57; Luck, S. 158; a. M. Haab, Art. 656 N. 64. Vergl. BGE 50 III 110; 60 III 198 ff.
 - (2) Art. 229 entspricht Art. 225 d. türk. OR
 - (3) Art. 235 entspricht Art. 231 d. türk. OR
 - (4) "In der Regel ist ein Urteil rechtskräftig, wenn es durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann; indessen kann bei den außerordentlichen Rechtsmitteln (Kassation, Revision, Erläuterung usw.) meist durch besondere Verfügung der Rechtsmittelinstanz der Eintritt der Rechtskraft gehemmt werden". Meier-Hayoz, Art. 656, N. 97

änderung selbst herbeiführt und nicht noch der Vollstreckung bedarf (1). Dies ist der Fall bei den unten aufgeführten Urteilen, die dem Kläger das Eigentum unmittelbar zusprechen und nicht nur eine Verpflichtung des Beklagten zur Übertragung des Eigentums feststellen (2).

a) Nach Art. 665, Abs. 1 ZGB (3): Diese Bestimmung lautet wie folgt: "Der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums."

Die Erfordernisse sind dafür (4) :

- Das Vorliegen eines gültigen Rechtsgrundes,
- die unbegründete Weigerung der Abgabe der Eintragungsbewilligung durch die Veräußerer,
- das Vorhandensein des Verfügungsrechts der zur Übertragung verpflichteten Person.

Durch das gerichtliche Urteil wird die gemäß Art. 963, Abs. 1 (5) erforderliche schriftliche Erklärung des Eigentümers ersetzt und der Erwerber erlangt mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils das Eigentum außergrundbuchlich, so daß er die (nur mehr deklaratorische) Eintragung von sich aus erwirken kann (6).

b) Der Richter hat nach Art. 651 ZGB (7) das Recht, gemeinschaftliches Eigentum aufgrund eines Teilungsprozesses durch richterlichen Zuspruch in Alleineigentum zu verwandeln.

Man unterscheidet hier folgendes (8) :

aa) Ein Teilungsvertrag unter Miteigentümern :

Ein solcher Vertrag muß, wenn es sich um Grundstücke handelt, nach Art. 657 ZGB (9) in der Form der öffentlichen Beurkundung geschlossen werden.

-
- (1) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 99
 - (2) Wieland, Art. 656, N. 2 / Gradl, S. 49
 - (3) Art. 665 entspricht Art. 642 d. türk. ZGB
 - (4) Gloor, S. 94 ff / Meier-Hayoz, Art. 665 N. 7-8
 - (5) Art. 963 entspricht Art. 922 d. türk. ZGB
 - (6) Meier-Hayoz, Art. 665, N. 16
 - (7) Art. 651 entspricht Art. 628 d. türk. ZGB
 - (8) Gloor, S. 102 ff
 - (9) Art. 657 entspricht Art. 634 d. türk. ZGB

Wenn nach einem solchen Teilungsvertrag von einem Vertragspartner die Eintragungsbewilligung zur Eintragung in das Grundbuch verweigert wird, kann die Angelegenheit vor den Richter gebracht werden. Hier ist das Urteil des Richters nach Art. 665 ZGB ausschlaggebend und das Urteil ersetzt, wie bereits oben erwähnt, die schriftliche Erklärung und spricht dem Kläger das Eigentum unmittelbar zu.

bb) Der Erwerb aufgrund eines richterlichen Teilungsurteils nach Art. 651, Abs. 2 ZGB :

Hier wird die Teilung von dem Richter vorgenommen. Er ist zwar an gewisse Anträge der Parteien gebunden. Aber sonst kann er zwischen einer körperlichen Teilung oder Versteigerung des in Frage kommenden gemeinschaftlichen Eigentums frei entscheiden.

Wenn die Grundstücke versteigert werden, tritt hier der Erwerb nach Art. 235 OR mit der Eintragung in das Grundbuch ein, da keine Zwangsversteigerung im Sinne des Betreibungs- und Konkursverfahrens vorliegt. Wenn aber die Grundstücke von dem Richter körperlich geteilt werden, vollzieht sich hier der Grundstückserwerb außergundbuchlich und braucht nur in das Grundbuch eingetragen zu werden, um spätere grundbuchliche Verfügungen zu ermöglichen.

c) Weitere Ausnahmen vom absoluten Eintragungsprinzip :

1) Erwerb durch Bildung neuen Landes (Art. 659 ZGB) (1)

Wenn von den Kantonen nichts anderes bestimmt wird, dann wird neues Land kraft Gesetzes ohne Besitzergreifung und Eintragung in das Grundbuch von dem Kanton erworben, in dessen Gebiet es liegt (2). Mit neuem Land im Sinne des Art. 659 ZGB hat man es nur dann zu tun, wenn es der Ausbeutung fähig ist. Das neu entstandene Land ist ausbeutungsfähig, wenn es die Gewähr dauernden Bestandes in sich trägt (3).

2) Erwerb nach Art. 57 ZGB (4)

Das Vermögen einer aufgehobenen juristischen Person fällt durch Gesamtrechtsnachfolge an das Gemeinwesen, wenn nicht durch das Gesetz, die Sta-

(1) Art. 659 entspricht Art. 636 d. türk. ZGB

(2) Nach Art. 636 Abs. 1 d. türk. ZGB wird solches Land vom Staat erworben. Außerdem enthält der türk. Gesetzestext den 2. Abs. des entsprechenden Artikels des schweiz. ZGB (Art. 659) nicht.

(3) Meier-Hayoz, Art. 659, N. 3

(4) Art. 57 entspricht Art. 50 d. türk. ZGB

tuten, die Stiftungsurkunde oder die zuständigen Organe etwas anderes geregelt worden ist.

3) Erwerb nach ehelichem Güterrecht

Wenn die Ehegatten vor oder nach Eingehen der Ehe durch einen Ehevertrag eine Gütergemeinschaft gründen, muß dieser Ehevertrag in das Güterrechtsregister eingetragen und veröffentlicht werden, um seine Rechtskraft gegenüber Dritten zu erlangen. Mit dieser Eintragung in das Güterrechtsregister gehen die in Allein- oder Miteigentum der Ehegatten stehenden Grundstücke in ihr Gesamteigentum über, nicht erst mit der Eintragung in das Grundbuch (Art. 178 - 181, 215, 237, 248 ff, 665, Abs. 3 ZGB) (1).

B) Ein gültiger Rechtsgrund

a) Die Eintragung in das Grundbuch bildet nur den letzten Akt der Eigentumsübertragung. Aber sie ist nur eine von verschiedenen Voraussetzungen, die für die Übertragung des Grundeigentums erforderlich sind. Im schweizerischen Recht ist zum Erwerbe des Grundstückes nicht nur die Eintragung, sondern auch noch ein gültiger Rechtsgrund erforderlich.

Der Rechtsgrund hat jedoch in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht dieselbe Bedeutung. So ist im französischen Recht der Eigentumserwerb soweit

(1) Art. 178-181, 215, 237, 248, 665 entsprechen Art. 170-173, 211, 233, 237, 642 d. türk. ZGB.

Es ist hier noch zu erwähnen, daß die Gütertrennung im türk. Recht (anders als im schweiz. Recht) der gesetzliche Güterstand ist (Art. 170 türk. ZGB). Die Güterverbindung und Gütergemeinschaft werden als vertragliche Güterstände anerkannt.

Außerdem werden im türk. Recht die Verträge usw. über den ehelichen Güterstand bei den Notaren eingetragen (Art. 237 türk. ZGB). ---

Die weiteren außergrundbuchlichen Erwerbsfälle sind u. a. Fusion, Umwandlung von Gesellschaften, Wechsel bei Gesamthandverhältnissen, Eingemeindung.

als möglich mit dem obligatorischen Vertrage verbunden, der seit 1955 entsprechend den anderen Rechten grundsätzlich einer qualifizierten Form bedarf (1). Der Käufer erwirbt das Eigentum mit Abschluß des Kaufvertrages (Art. 1138 und 1583 CCfr.). Die bei Grundstücken vorgeschriebene Registrierung in das Grundbuch ermöglicht ihm nur eine Verstärkung seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten (2).

Das deutsche Recht fordert demgegenüber für den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Grundstückseigentums Auflassung und Eintragung in das Grundbuch (§ 873, Abs. 1 BGB). Dieses dingliche Rechtsgeschäft (3) ist rechtlich von dem obligatorischen Rechtsgeschäft (Rechtsgrund) zu trennen. Dem obligatorischen Rechtsgeschäft kommt keine eigentumsübertragende Wirkung zu. Es begründet nur eine schuldrechtliche Verpflichtung. Die Auflassung und Eintragung zusammen bewirken die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung im deutschen Recht. Die Auflassung ist der auf die Übertragung des Grundstückseigentums gerichtete abstrakte, dingliche Vertrag. Sie ist im Gegensatz zu der Einigung, dem im allgemeinen für die dingliche Rechtsänderung erforderlichen dinglicher Vertrag, formbedürftig (4). Gemäß § 925 BGB muß die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt, vor einem Notar oder Amtsgericht, oder in einem Prozeßvergleich erklärt werden. Sie darf unter keiner Bedingung oder Zeitbestimmung erklärt werden (§ 925, Abs. 2) (5). Die Auflassung, die allein keinen Eigentumsübergang bewirkt (dazu ist noch Eintragung erforderlich), vermittelt aber eine dingliche Anwartschaft (6). Sie bewirkt, wenn sie formrichtig erfolgt ist, eine Bindung nach § 873, Abs. 2 (7). Wichtig ist für unsere Untersuchung

-
- (1) Meier-Hayoz, das Grundeigentum, N. 11
 - (2) v. Tuhr, S. 42; s. auch die im französischen Recht in letzter Zeit immer mehr zunehmenden Einschränkungen des Vertragsprinzips und starke Annäherung an das Grundbuchsystem; Meier-Hayoz, das Grundeigentum, N. 12 und die dort erwähnte Literatur.
 - (3) Im deutschen Recht ist streitig, ob die Einigung (Auflassung) und Eintragung zusammen das dingliche Rechtsgeschäft darstellen, oder ob die Einigung allein der dingliche Vertrag ist und die Eintragung nur als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Rechtsänderung hinzutritt. Die Beantwortung dieser Frage hat jedoch keine wesentliche praktische Bedeutung. - Soergel/Siebert, § 873, N. 2
 - (4) Staudinger, § 873 N. 40; §§ 925, 925a, N. 1 a, 46 ff.
 - (5) Staudinger, § 873 N. 42; §§ 925, 925a, N. 81
 - (6) s. dazu Staudinger § 873 N. 75a; Soergel/Siebert, § 925, N. 39; § 873 N. 10
 - (7) Staudinger, § 873 N. 46 ff.

nur, daß die Auflassung des deutschen Rechts, wie schon gesagt, einen abstrakten dinglichen Vertrag darstellt. Sie ist als "abstrakter" dinglicher Vertrag von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsgeschäftes - im Gegensatz zum schweiz. - türk. Recht - unabhängig. Der Eigentumserwerb vollzieht sich daher aufgrund von Auflassung und Eintragung, auch dann, wenn das Grundgeschäft unwirksam ist (1).

Das zugrundeliegende Grundstücksveräußerungsgeschäft bedarf zwar zu seiner Gültigkeit einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 313, Abs. 1). Der Formmangel wird aber geheilt und der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen (§ 313, Abs. 2) (2). Die Wirkung der Auflassung und Eintragung hängt also nicht davon ab, daß ein gültiger Rechtsgrund für den Eigentumsübergang vorliegt (3).

Im schweizerischen Recht basiert dagegen die Eigentumsübertragung auf der Eintragung in Verbindung mit dem Rechtsgrund, sog. Legalitätsprinzip (4). Das ZGB kombiniert in einer bisher nicht versuchten Weise das deutsche Eintragungsprinzip mit dem französischen Rechtsgedanken der eigentumsübertragenden Wirkung des obligatorischen Vertrags (5).

b) Im schweizerischen Recht muß sich jede Eintragung in das Grundbuch sowie jede Löschung oder Abänderung eines richtigen Eintrages im Grundbuch auf einen gültigen Rechtsgrund stützen (Art. 965, Abs. 1, Art. 974, Abs. 2 ZGB) (6).

(1) Staudinger, § 873, N. 64 ff.

(2) Staudinger, § 925, 925a, N. 32

(3) Gemäß § 925 a soll die Erklärung einer Auflassung nur entgegengenommen werden, wenn die nach § 313 Abs. 1 erforderliche Urkunde über das Veräußerungsgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Dies ist jedoch eine Ordnungsvorschrift. Die Verletzung dieser Vorschrift berührt die Gültigkeit der Auflassung nicht. Staudinger, §§ 925, 925a, N. 33 / v. Tuhr, S. 44

(4) s. d. folgenden Ausführungen !

(5) v. Tuhr, S. 43 ff.

(6) "Ein Eigentumsrecht, welches ausschließlich auf die Eintragung aufgebaut wäre, hätte den Vorzug logischer Einfachheit, wäre aber für den Verkehr ein zu scharfes Instrument, weil jeder fehlerhafte Eintrag einen Rechtsverlust zur Folge hätte. . . " v. Tuhr, S. 48, N. 22; Wieland, Art. 974, N. 2; Ostertag, Vorb. zu 25. Titel, N. 20 f. --- Art. 965, 974 entsprechen Art. 924, 932 d. türk. ZGB.

Ostertag (1) sieht im Rechtsgrund einen der grundbuchlichen Verfügung vorgängigen Rechtsakt, welcher Recht und Pflicht zur dinglichen Rechtsänderung unmittelbar begründet (2). Dieser Rechtsakt ist aber nicht einheitlicher Natur.

Homberger sagt : "Da wo dingliche Rechte außerbuchlich entstehen, sich ändern oder untergehen, muß dem Begriff (des Rechtsgrunds) eine andere Bedeutung zukommen als in jenen Fällen, wo durch die Buchung erst die angestrebte dingliche Rechtslage herbeigeführt wird. Im ersten Falle ist die Buchung, wenn auch kausal durchaus davon abhängig, Auswirkung der bereits eingetretenen Rechtslage, die sich ja schließlich im Verhältnis zur Buchung auch als Rechtsgrund bezeichnen läßt, im zweiten Falle dagegen ist der Rechtsgrund der gültige Titel zur Herbeiführung der erst durch das Grundbuch vermittelten Rechtslage" (3). Oder anders gesagt, der Rechtsgrund ist entweder die gesetzlich eintretende Folge einer Tatsache (außergrundbuchliche Erwerbsfälle), oder ein Rechtsgeschäft (4). Als Rechtsgeschäft ist er vor allem ein Vertrag, am häufigsten ein Kaufvertrag, kann aber auch in der Form eines Tauschvertrags, eines Schenkungsversprechens, eines schriftlichen Teilungsvertrags oder eines Ehevertrags usw. erscheinen.

c) Die Bedeutung des Rechtsgrundes als materielles Erfordernis des Grundeigentümererwerbs ergibt sich aus Art. 974, Abs. 2 ZGB (5) : "Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen

(1) Art. 965 ZGB, N. 13

(2) s. über weitere Versuche einer Definition : Andermatt, S. 141 f. ; Auer, S. 77; Jenny, Legalit. S. 240; Wieland, Art. 965, N. 4

(3) Homberger, Art. 965, N. 14

(4) Auer, (S. 82), nennt den einen "öffentlich-rechtlichen" den anderen "privat-rechtlichen" Rechtsgrund. Nach Luck (S. 116) ist der Rechtsgrund im Gebiete des Eintragungsverfahrens entweder das Gesetz, der Wille der Beteiligten, ein richterliches Urteil oder eine behördliche Verfügung. Nach Andermatt (S. 141) besteht der Rechtsgrund neben den Verträgen in einer gesetzlichen Tatsache oder einer einseitigen Erklärung. Der Rechtsgrund ist nach Guhl (MBVR 10, S. 295) ein Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, sei es einseitige Willenserklärung, Urteil oder nur eine Bescheinigung über den gesetzlichen Rechtserwerb.

(5) Art. 974 entspricht Art. 932 d. türk. ZGB

Rechtsgeschäft erfolgt ist" (1). Das Wort "ungerechtfertigt" hat im Sinne dieses Artikels (2) eine weitergehende Bedeutung als das "ungerechtfertigt" im Sinne des Bereicherungsrechts (3). Ein solcher Eintrag ist wirkungslos. Er überträgt kein Eigentum. Der Veräußerer bleibt weiterhin Eigentümer. Daher ist auch der erfolgte Eintrag unrichtig. Der Veräußerer kann gegen den Erwerber oder gegen jeden Dritten nach Art. 975, Abs. 1, ZGB auf Löschung oder Abänderung des Eintrages klagen. Jedoch bildet der in gutem Glauben befindliche Dritte eine Ausnahme. Er wird in seinem Erwerbe nach Art. 973 ZGB geschützt.

Nach dem Gesetz (Art. 974, Abs. 3) liegt bei den unten genannten zwei Fällen ein ungerechtfertigter Eintrag vor :

aa) Wenn der Eintrag "ohne Rechtsgrund" erfolgt ist :

Z.B. zwischen bisherigem Eigentümer und dem als Erwerber Eingetragenen besteht kein Veräußerungsvertrag (4). Ein trotzdem vorkommender Eintrag kann auf Klage des Eigentümers beseitigt werden, oder der Eigentümer kann stattdessen durch einen nachträglich vorgenommenen Veräußerungsvertrag das Rechtsgeschäft zur Gültigkeit bringen. Auf diese Weise kann der fehlende Rechtsgrund nachgeholt werden, ohne daß die Eintragung wiederholt zu werden braucht (5).

(1) Nach Gradl (S. 40) ergibt sich die Bedeutung des Rechtsgrundes als materielles Erfordernis des Grundeigentumserwerbs im ZGB aus dem Wortlaut des Art. 973 (= 931 türk.) ZGB, wonach der gutgläubige "Erwerber" in seinem "Erwerbe" zu schützen ist; "denn der durch ihn (Art. 973) dem gutgläubigen Erwerber gewährte Schutz kann nur dann einen Sinn haben, wenn die Eintragung allein nicht konstitutiv wirkt; denn sonst bedürfte es keines besonderen Schutzes, da er ja kraft des Eintrages ohnehin dinglich berechtigt wäre".

(2) Ebenso wie im Art. 975 und 661 d. ZGB

(3) v. Tuhr, S. 50; "Das Wort "ungerechtfertigt", welches in OR 62, wie im gemeinen Rechte, technischer Ausdruck für die grundlose Bereicherung ist, könnte zu dem Gedanken verleiten, daß es sich um einen Eintrag handelt, welcher zwar Eigentum überträgt, aber wegen fehlenden Grundes rückgängig gemacht werden muß." Bürgisser, S. 19, N. 11

(4) Über Beispiele, wie solche fehlerhaften Einträge zustande kommen, s. v. Tuhr, S. 52, Ziff. 1

(5) v. Tuhr, S. 52 f; Bürgisser, S. 20 f; Ostertag, Art. 971 N. 4

bb) Oder wenn er auf einem "unverbindlichen Rechtsgeschäft" beruht :

Die Gründe zur Unverbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts sind :

- 1) Die Formfehler, darunter Simulation : Der Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken braucht zu seiner Gültigkeit nach Art. 657 ZGB die öffentliche Beurkundung. Nichteinhaltung dieser Form oder die nicht richtige Durchführung des dazu bestimmten Verfahrens verursachen die Unverbindlichkeit des Vertrages (1). Als deren Folge ist auch der Eintrag in das Grundbuch, wenn er trotzdem zustande gekommen ist, ungerechtfertigt. Im schweiz. Recht ist eine Behebung des Formfehlers durch Eintragung, wie im BGB § 313 Abs. 2 nicht vorgesehen (2). Sie würde auch in das System des ZGB nicht passen, denn lt. schweiz. Recht erfolgt der Eintrag auf einseitige Anmeldung des Veräußerers ohne Zustimmung des Erwerbers, und der Veräußerer darf nicht die Möglichkeit haben, dem Erwerber die Berufung auf Formfehler des Vertrages abzuschneiden (3).

Ist aber das Rechtsgeschäft, z.B. der Kaufvertrag durch Eintragung und Zahlung bereits vollzogen und hat der Erwerber seine Eigentumsrechte ungehindert schon ausgeübt, kann nachträgliche Umstoßung des Rechtsgeschäftes wegen Formfehlers vom Verkäufer leicht mißbräuchlich vorgenommen werden, um eine mittlerweile eingetretene Änderung der Konjunktur zu eigenem Vorteil auszunützen.

Bei steigenden Grundstückspreisen ist es ein unverhofftes Glück für den Verkäufer, wenn er im Verträge einen Formfehler entdeckt, welcher der Aufmerksamkeit des Grundbuchamtes entgangen ist. Zur Bekämpfung solcher Spekulationen befindet sich im ZGB keine spezielle Bestimmung, der einzige Anhaltspunkt dazu ist die Berufung auf Art. 2 ZGB (4).

-
- (1) Hierüber s. unten S. 75 ff. "die öffentliche Beurkundung", insbes. "die Wirkungen der Nichtbeachtung der Form".
 - (2) Beck, Art. 55, N. 49; v. Tuhr, S. 54; Leemann, Art. 657 N. 52; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 134; Wieland, Art. 657 N. 1; Haab, Art. 657 N. 37; Oser/Schönenberger, Art. 216 N. 14; Guhl, Pers. R. S. 109; Bürgisser, S. 21; Homberger, Art. 974 N. 5; s. noch S. 79 ff. dieser Arbeit.
 - (3) v. Tuhr, S. 54; Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 14; Bürgisser, S. 21
 - (4) v. Tuhr, S. 55; Bürgisser, S. 22; Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 15; s. die weiteren Ausführungen S. 79 ff.

- 2) Die volle Handlungsunfähigkeit einer der Parteien (Art. 18 ZGB) (1)
 Dies ist der Fall, wenn eine der Parteien urteilsunfähig ist.
 Bei der beschränkten Handlungsfähigkeit, d.h. dort, wo der Betreffende zwar urteilsfähig, aber unmündig oder entmündigt ist (Art. 19 ZGB) (2) und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (Art. 279, 410 ZGB) (3), kann das Rechtsgeschäft zur Gültigkeit gebracht werden, wenn es genehmigt wird. (Im Gegensatz zu der vollen Handlungsunfähigkeit, bei der der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts erforderlich ist) (4).
- 3) Die Unsittlichkeit, Widerrechtlichkeit oder Unmöglichkeit des rechtsgeschäftlichen Inhalts (Art. 20 OR)
 Bekanntes Beispiel im Immobilienrecht für die Unsittlichkeit ist der Verkauf eines Bordells (5).
- 4) Die falsche Beurkundung der Rechtsgrundtatsache
 (bei außerbuchlichem Erwerb oder Untergang von dinglichen Rechten) (6)
- 5) Die Willensmängel (Irrtum, Betrug, Drohung) und wucherische Übervorteilung (Art. 21, 23 ff OR) (7)
 Dabei ist zu beachten, daß die Unverbindlichkeit des Vertrages und Unrichtigkeit des Eintrags nur von der Partei geltend gemacht werden kann, in deren Person der Willensmangel vorlag. Der Vertrag kann nachträglich mit rückwirkender Kraft wieder wirksam werden, wenn die Jahresfrist des Art. 31 OR unbenützt abläuft oder Genehmigung eintritt.

-
- (1) Art. 18 entspricht Art. 15 d. türk. ZGB
 (2) Art. 19 entspricht Art. 16 d. türk. ZGB
 (3) Art. 279, 410 entsprechen Art. 268, 394 d. türk. ZGB
 (4) v. Tuhr, S. 56
 (5) s. dazu v. Tuhr, S. 58 ff; Bürgisser, S. 22 u. 12 N. 17; Becker, Art. 19 N. 19; BGE 33 II, 428 ff, 24 II, 862 ff.
 (6) Jenny, Öff. G., S. 22
 (7) v. Tuhr, S. 57 u. S. 58, N. 50

C. Eigentum des Veräußerers oder guter Glaube des Erwerbers

Dieses Erfordernis ist vom Gesetz nicht erwähnt. Aber es ist eine selbstverständliche Voraussetzung, daß, wer das Eigentum übertragen will, selbst Eigentümer sein muß (1).

In welchem Zeitpunkt muß der Veräußerer Eigentümer sein ? Eigentum bei Abschluß des Kaufvertrages ist weder erforderlich noch genügend, denn der Kaufvertrag ist auch dann verbindlich, wenn er über eine fremde Sache abgeschlossen wird. Das Eigentum muß in dem Augenblick vorhanden sein, in welchem es auf den Erwerber übergehen soll, d. h. im Momente der Eintragung (2).

Das Erfordernis, daß im Momente der Eintragung der Veräußerer Eigentümer sein muß, kann - wenn der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist - durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden. Sein Erwerb ist perfekt, soweit er sich in gutem Glauben auf den Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum und dingliche Rechte erworben hat (Art. 973 ZGB) (3). Dies kommt aber nicht in Betracht, wenn der gute Glaube durch Mangel der nach den Umständen zu verlangenden Aufmerksamkeit ausgeschlossen ist (Art. 3, Abs. 2 schweiz. u. türk. ZGB). Nicht nur das wirkliche, tatsächliche Kennen schließt also den Schutz des guten Glaubens aus, sondern auch eine fahrlässige Nichtkenntnis. Aus diesem Grunde wird der gute Glaube als ein schuldloses Nichtwissen eines den dinglichen Erwerb hindernden rechtlichen Mangels definiert (4).

Es kann vorkommen, daß im Grundbuch Eingetragene nicht mehr Eigentümer sind (im Falle außergrundbuchlichen Erwerbs), oder daß eine ungerechtfertigte Eintragung vorliegt, bei der die im Grundbuch Eingetragenen nicht Erwerber geworden sind. Trotzdem wird in solchen Fällen der Erwerb des gutgläubigen Dritten geschützt (5).

-
- (1) v. Tuhr, S. 61; formell ist erforderlich, daß der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Ebda, S. 61 N. 65.
 - (2) v. Tuhr, S. 61; Nußbaum, S. 27
 - (3) Art. 973 entspricht Art. 931 d. türk. ZGB
 - (4) Jenny, öff. G. S. 51; Vgl. Hegetschweiler, S. 4 ff; Leemann, Art. 661, N. 15 u. Art. 714 N. 31
 - (5) Der ungerechtfertigte Eingetragene selbst genießt aber den Schutz des öffentlichen Glaubens nicht, auch wenn er von dem Mangel keine Kenntnis hat. Geschützt wird derjenige, der das Recht von ungerechtfertigt Eingetragenen erworben hat, nämlich der Dritte. Jenny, öff. G., S. 27; Oster-tag, Art. 973, N. 13; Gradl, S. 66

Der öffentliche Glaube des Grundbuches bringt für den außerbuchlich Berechtigten gewisse Gefahren. Um diesen einigermaßen zu mildern, stellt das Grundbuchrecht folgende Abwehrmittel zur Verfügung (1) :

- die vorläufige Eintragung gemäß Art. 961, Zif. 1 (2),
- die Berichtigungsklage nach Art. 975, Abs. 1 (3).

Im Falle des Eintritts des Rechtsverlustes ist dem Berechtigten in Art. 975, Abs. 2 das Recht auf Schadenersatz vorbehalten (4).

Zu welchem Zeitpunkte muß der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein ? Nach allgemein vertretener Ansicht (5) im Momente der Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch. Dies ergibt sich aus der Bestimmungen des ZGB, da nach Art. 972, Abs. 2 ZGB (6) die Wirkungen des Erwerbs auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in welchem die Einschreibung in das Tagebuch erfolgte (7).

-
- (1) Homberger, Art. 975 N. 2; Jenny, öff. G. S. 240 ff; Gradl, S. 75 ff; Hegetschweiler, S. 59
 - (2) Art. 961 entspricht Art. 921 d. türk. ZGB
 - (3) Art. 975 entspricht Art. 933 d. türk. ZGB
 - (4) Gradl, S. 68
 - (5) Wieland, Art. 974, N. 7 d; Jenny, öff. G. S. 60 ff; Hegetschweiler, S. 63; Ostertag, Art. 973, N. 9; Homberger, Art. 973, N. 18; Gradl, S. 65; Bürgisser, S. 19, N. 13a
 - (6) Art. 972 entspricht Art. 930 d. türk. ZGB
 - (7) "Es wäre auch in der Tat unbillig, wenn auch noch die Eintragung im Hauptbuch von Bedeutung wäre, da dieser Zeitpunkt den Einfluß der Parteien völlig entzogen und von ganz zufälligen Momenten abhängig ist." Hegetschweiler, S. 64; s. noch hinten "maßgebender Zeitpunkt der Eigentumsübertragung" S. 69 f.

§ 2 Die formellen Voraussetzungen des Grundstückserwerbs durch Rechtsgeschäfte

A) Die Anmeldung

I. Begriff und Wesen der Anmeldung

Die Anmeldung ist eine Voraussetzung zur Eintragung in das Grundbuch und bildet eine formelle Voraussetzung (1) zum Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht (2). Sie ist die an das Grundbuchamt gerichtete unbedingte und vorbehaltlose schriftliche Willenserklärung des zur Verfügung Legitimierten auf Vornahme einer bestimmten Eintragung im Grundbuch (3). Durch sie muß der Grundbuchapparat in Bewegung gesetzt werden. Somit ist die Anmeldung der erste unentbehrliche Akt jeder Einschreibung in das Tagebuch zwecks nachheriger Eintragung in das Grundbuch (4). Die gesetzliche Bestimmung darüber findet sich in Art. 963 Abs. 1 ZGB (5). Aus dieser

-
- (1) Jedoch erschöpft sich ihre Bedeutung nicht nur als formelle Voraussetzung, sondern es wird in diesem Akt noch eine materiellrechtliche Seite erblickt, s. folgende Ausführungen (S. 51) über das "Wesen der Anmeldung".
- (2) Einer besonderen Anmeldung bedarf es nur dort nicht, wo nach kantonalem Recht die öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vermittelt Einschreibung in das Urkundenprotokoll erfolgt (Art. 948, Abs. 2, Art. 972, Abs. 2 ZGB), denn hier gilt, falls nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, gemäß Art. 14 Abs. 2 GVo die Beurkundung zugleich als Anmeldung der Eintragung, s. noch S. 78 (N. 2)
- (3) Auer, S. 89; Nußbaum, S. 19; Hornberger, Art. 963, N. 2; Jenny, öff. G. S. 24 f.; Luck, S. 199; Gradl, S. 26; Ostertag, Art. 963 N. 2; Andermatt, S. 72
- (4) Andermatt, S. 23
- (5) Art. 963 entspricht Art. 922 d. türk. ZGB. - Nach Art. 964 (= 923 d. türk.) ZGB bedarf es auch zur Löschung oder Abänderung eines Eintrages einer Anmeldung der aus dem Eintrage berechtigten Personen. Hier wird der sprachliche Unterschied zwischen Eintragung und Eintrag hervorgehoben, der im ZGB richtig nach seinem Sinne behandelt ist. Während das Wort "Eintragung" die Tätigkeit des Grundbuchverwalters (in Gegenwart) bedeutet, ist "Eintrag" dessen Ergebnis, d. h. die eingetretene buchliche Erscheinungsform. Im ZGB z. B. ein persönlicher Anspruch auf Eintragung (Art. 965, Abs. 1), dagegen die Löschung oder Abänderung eines Eintrages (Art. 964). Einzig unrichtig ist Art. 970, Abs. 3; Auer, S. 9, N. 1; Andermatt, S. 25; Nußbaum, S. 19, N. 12; Gradl, S. 20 f.

und besonders aus Art. 11 der GVo (1) ergibt sich ein Prinzip des schweizerischen Rechtes im Eintragungsverfahren, das Antragsprinzip (2).

Der Grundbuchverwalter ist bei Eintragungen und Löschungen an einen Antrag (3) der Berechtigten gebunden. Er wird nur auf Antrag tätig und ist an den Antrag in dem Sinne gebunden, daß er nicht über das Begehren des Antragstellers hinaus gehen darf (4). Es handelt sich hier um ein Parteiverfahren zwischen dem Anmeldenden und dem Grundbuchverwalter. Außer Fällen, in denen die Einwilligung eines Dritten gesetzlich notwendig ist, z. B. nach Art. 421, 177 ZGB, gibt es keinen Raum für Dritte im Anmeldeverfahren (5). Eine Einmischung anderer Behörden in das Verfahren ist auch grundsätzlich verboten (6).

Gegensatz des Antragsprinzips ist das Offizialprinzip. Es umfaßt alle Handlungen und Vorkehrungen des Grundbuchverwalters, die er nicht auf Veranlassung von dritter Seite, sei es von Privaten oder von Behörden, vornimmt (7).

Es sind meistens Handlungen, die als Vorbereitung für die späteren Eintragungen der dinglichen Rechte zu dienen haben, somit rein technische Vorkehrungen (8).

(1) Art. 11 entspricht Art. 12 d. türk. GVo.

(2) s. Ausführ. über den Begriff und den Geltungsbereich des Antragsprinzips; Luck, S. 51 ff; Homberger, Art. 963, N. 1

(3) Im Gesetze findet sich das Wort Antrag nicht; es spricht von schriftlicher Erklärung (Art. 963 u. 964 ZGB), während im GVo (Art. 11 ff) das Wort Anmeldung geläufig ist. Der Begriff Antrag bedeutet jedoch im Grunde mehr als die schriftliche Erklärung oder Anmeldung. Er ist im weitesten Sinne nicht identisch mit der Anmeldung. Es handelt sich hier vielmehr um eine allgemeine Verfahrensvoraussetzung, welche grundsätzlich für alle Verfahrensarten gilt, von denen die Anmeldung nur eine ist. Luck, S. 52

(4) Luck, S. 63; s. ausf. über die Verhandlungsmaxime (Begriff, Anwendungsgebiet und Ausnahmen), ebda, S. 63 ff.

(5) Auer, S. 29 f; Andermatt, S. 23; Luck, S. 74

(6) Luck, S. 79 u. weitere Ausführ. desselben über die Stellung der Behörden (S. 79 ff)

(7) Andermatt, S. 21; Vgl. Gradl, S. 24

(8) Andermatt, S. 21; s. eine Aufzählung der Fälle, in denen der Grundbuchführer von Amts wegen im ZGB betätigt wird, derselbe S. 22 f; Auer, S. 29; Vgl. Luck, über die scheinbaren Ausnahmen des Antragsprinzips im ZGB (s. 55 ff) und die eigentlichen Ausnahmen (S. 58 ff); Gradl, S. 23 f; Homberger, Art. 963, N. 2

Das Wesen der Anmeldung im ZGB ist umstritten. In der schweizerischen Doktrin werden darüber drei verschiedene Ansichten vertreten :

Eine Gruppe von Autoren (1) sieht in der Anmeldung des schweiz. ZGB nur einen formellen Antrag, durch welchen das Grundbuchamt in Aktion tritt, eine Änderung im Grundbuch vorzunehmen. Der für die materielle Rechtsänderung erforderliche Wille des Veräußerers ist nach dem System des ZGB bereits im obligatorischen Vertrag enthalten. Darüber hinaus bedarf es keiner Willensäußerung, sog. Eintragungsbewilligung, des aus dem grundbuchlichen Eintrag Berechtigten zur Herbeiführung der dinglichen Änderung. Diese Ansicht rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß ein Eintrag, der ohne Anmeldung (und daher auch ohne Bewilligung des Veräußerers) stattfindet, gültig ist, sofern der Rechtsgrund (Rechtsgeschäft) in Ordnung ist.

Es ergibt sich weiter aus der Eigenschaft der Anmeldung als Ordnungsvorschrift, daß für die Gültigkeit des Eigentumserwerbs die Handlungsfähigkeit der Anmeldenden nicht nötig ist. Die Anmeldung kann nicht der Ergänzung oder Abänderung des Rechtsgrundes dienen und es kann auch durch sie eine im Rechtsgeschäft enthaltene Bedingung der Veräußerungspflicht nicht beseitigt werden.

Eine andere Gruppe von Autoren (2) zerlegt die Anmeldung bei rechtsgeschäftlichen Eintragungen in zwei völlig getrennte Akte, in einen formellen, den Antrag, und in einen materiellen, die Eintragungsbewilligung, wie der Antrag und die Auflassung des deutschen Rechtes.

Nach der dritten und in der schweizerischen Doktrin und Rechtspraxis herrschenden Meinung (3) stellt die Anmeldung weder einen bloßen formellen Antrag an das Grundbuchamt dar, noch hat eine äußere Trennung der Anmeldung zwischen Antrag und Eintragungsbewilligung im schweiz.ZGB eine ge-

-
- (1) v. Tuhr, ZSR, S. 63 ff; Bürgisser, S. 23; im türk. Recht wird diese Ansicht von Arslan¹¹, (S. 75) vertreten.
 - (2) Wieland, Art. 963, N. 1 f; Blumenstein, in MBVR 14, S. 245 ff; Ostertag, Art. 963 N. 6; Der letztere nimmt eine solche Trennung jedoch nur für den Fall vor, daß die Anmeldung von einer dritten Person eingereicht wird. Im türk. Recht gehört Saymen-Elbir (S. 75 u. 88) zu dieser Gruppe.
 - (3) Guhl, MBVR 10, S. 291 ff; derselbe, Pers. R. S. 99 ff; Ostertag, Art. 963 N. 6; Haab, Art. 656 N. 17; Homberger, Art. 963 N. 3; Andermatt, S. 82 ff; Auer, S. 39 ff; Gradl, S. 20; Schönberg, S. 7; Jenny, öff. G., S. 23 ff.; Nußbaum, S. 19 f; Meier-Hayoz, Art. 656, N. 34; Luck, S. 199. Im türk. Recht : Velidedeoğlu/Esmer, S. 631, S. 631 f; Postacıoğlu, S. 197

setzliche Stütze. Begründet wird diese Auffassung wie folgt :

Erstens erschöpft sich die Bedeutung der Anmeldung nicht in einem formellen Akt. Sie enthält sehr oft - nämlich bei rechtsgeschäftlichen Einträgen (1) -, neben dem formellen Antrag noch ein materielles Element, die Eintragungsbewilligung, die dingliche Verfügung über das zur Eintragung gelangende materielle Recht. Sie erscheint als materiellrechtlicher Akt, die "restlose Einwilligung in die durch den Eintrag sich vollziehende und zum Ausdruck kommende Rechtsänderung, die Erfüllung des vorausgehenden oder zu Grunde liegenden Kausalvertrags, die unbedingte Feststellung und Verwirklichung des Verfügungswillens, welcher letzterer im Kausalgeschäft nur bedingt unter Vorbehalt der Gegenleistung zum Ausdruck kommt" (2).

Es genügt also der im Rechtsgrund (Rechtsgeschäft) enthaltene Wille zur dinglichen Verfügung nicht, da dieser in den wenigsten Fällen vorbehaltlos ist und bekanntlich der Rechtsgrund dem Erwerber nicht ein dingliches Recht gibt, sondern nur einen persönlichen Anspruch (Art. 665, Abs. 1) (3). Dieser Wille muß auch bei der Eintragung vorhanden und verlautbart sein (4).

Zweitens ist eine Trennung der Anmeldung in zwei Akte nach dem Muster des deutschen Rechts auch nicht annehmbar. Diese Scheidung findet weder im Gesetze noch in der Verordnung eine Stütze. Eine solche Trennung ist nur eine gedankliche. Rechtsdogmatisch stellt die grundbuchliche Anmeldung im schweiz. Recht einen Akt dar. In diesem einzigen Akt fallen die formellen und materiellen Elemente zusammen. "Ein Akt in zwei Erscheinungsformen : im Antrag als der Form, in der Eintragungsbewilligung und im Rechtsgrund als dem materiellen Inhalt" (5). Es braucht nicht in der Anmeldung der Ausdruck "Eintragungsbewilligung" angewandt zu werden. In dem bestimmten und bedingungslos an das Grundbuchamt gestellten Antrag des Verfügungsberechtigten liegt auch die Eintragungsbewilligung (6).

Bei allen Einträgen rechtsgeschäftlicher Art, bei denen eine Eintragungsbe-

(1) Bei den auß Grundbuchlichen Einträgen, in denen das dingliche Recht schon vor dem Eintrag entstanden ist (Art. 656, Abs. 2), kommt der Anmeldung keine materiellrechtliche Bedeutung zu.

(2) Gradl, S. 20

(3) Guhl, Pers. R., S. 99; Auer, S. 40; Jenny, öff. G., S. 24

(4) Jenny, öff. G., S. 24

(5) Andermatt, S. 82

(6) Andermatt, S. 87

willigung Voraussetzung ist, ist sie notwendigerweise in der Anmeldung enthalten. Es ist begrifflich gar nicht anders denkbar: wer eine Willenserklärung auf Vornahme einer Eintragung an das Grundbuchamt abgibt, erklärt sich eben mit der Vornahme der Eintragung einverstanden, sonst würde er ja das Geschäft nicht anmelden. Daher muß eine äußere Trennung der Anmeldung in den formellen Antrag und die materielle Verfügung abgelehnt werden (1).

Eine solche Zerlegung der Anmeldung ist auch für den Fall nicht annehmbar, daß ein Dritter kraft vertraglicher Vollmacht oder gesetzlicher Vorschrift, nämlich die Urkundsperson nach Art. 963, Abs. 3 und Art. 16, Abs. 3 GVO, die Eltern nach Art. 279, der Vormund usw., eine Eintragung beim Grundbuchamt anmeldet. Hier ergibt sich auch logisch: wer einem Dritten zur Anmeldung Vollmacht erteilt, gibt damit seine Einwilligung zur Anmeldung und damit auch zur Eintragung, wenn er sich nicht ausdrücklich etwas anderes vorbehält. Dasselbe gilt dann, wenn keine Einwendungen gegen die gesetzliche Delegation der Anmeldungsbefugnis an die Urkundsperson erhoben werden (2).

Die Eintragungsbewilligung, also die materiellrechtliche Seite der Anmeldung stellt sich als ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft dar (3). Aus der Einseitigkeit dieser Verfügung ergibt sich - im Gegensatz zu der Auffassung des Deutschen Rechts -, daß derjenige, der aus dieser Verfügung Rechte erwirbt, bei der Anmeldung nicht mitzuwirken hat (4). Es ist z.B. nicht erforderlich, daß der Erwerber der Anmeldung durch den Veräußerer zustimme oder bei deren Abgabe mitwirke. Er wird vom Gesetz bei diesem Geschäft als unbeteiligter Dritter behandelt. Die Anmeldung durch den Käufer ist überflüssig und nicht rechtswirksam. Weigert sich der Veräußerer, so muß er durch den Richter zur Übereignung gezwungen werden (5). Anderer-

(1) Auer, S. 40 f

(2) Auer, S. 41; Andermatt, S. 86

(3) Guhl, Pers. R., S. 106; Jenny, öff. G. S. 26; derselbe, Legalit. S. 188; Homberger, Art. 963 N. 4 u. 14; Luck, S. 199; Auer, S. 40

(4) Homberger, Art. 963 N. 4 u. 14; Gradl, S. 21; Auer, S. 40; Luck, S. 200

(5) Andermatt, S. 74; Die Einseitigkeit der Anmeldung kommt auch da zum Ausdruck, wo Verfügungsberechtigter und Anmeldender nicht die gleiche Person ist, wie wenn der Verkäufer den Käufer zur Anmeldung ermächtigt oder die Kantonale Urkundsperson die Anmeldung vornimmt. "Die Einseitigkeit besteht darin, daß hier der Anmeldende den formellen Antrag und zugleich die Eintragungsbewilligung des Veräußerers beibringt und daß nicht etwa der formelle Antrag vom Bevollmächtigten und die Eintragungsbewilligung vom Vollmachtgeber als von zwei verschiedenen Personen beim Grundbuchamt eingereicht wird." -ebda,

seits äußert die dingliche Verfügung, d. h. die Anmeldung mit ihrer materiellrechtlichen Seite, die gewollte Wirkung nur in Verbindung mit einem gültigen obligatorischen Rechtsgeschäft, dem Rechtsgrund (1). Daraus folgt, daß der Rechtsgrund im Zeitpunkt der Anmeldung materiell vorliegen muß und eine antizipierte Anmeldung - wie es im Deutschen Recht möglich ist - dem Wesen des ZGB fremd ist (2). Der Grundbuchverwalter muß eine Anmeldung abweisen, wenn der Rechtsgrund zur Zeit der Anmeldung nicht vorliegt. Er darf sie nicht unter der Bedingung der nachträglichen Erfüllung der nötigen Voraussetzungen annehmen (3).

Nach der allgemein vertretenen Ansicht (4) im schweiz. Recht soll der Grundbuchverwalter jedoch hierbei nicht schikanös vorgehen. Wenn ihm bei Einschreibung der Anmeldung ein leicht zu behebender Mangel auffällt, so wird er dem Anmeldenden dies beiläufig mitteilen, damit dieser bis zur Prüfung des Geschäftes durch den Grundbuchverwalter (was ja einige Tage dauern kann) den Mangel noch beheben kann.

Außerdem sieht das Gesetz im Art. 966, Abs. 2 (5), bei Einwilligung des Eigentümers oder auf richterliche Verfügung eine vorläufige Eintragung gemäß Art. 961, Abs. 2 vor, wenn bei der Anmeldung der Rechtsgrund geschaffen ist und es sich nur um eine Ergänzung des Ausweises über das Verfügungsrecht handelt.

(1) Nußbaum, S. 20; Auer, S. 40

(2) Homberger, Art. 963, N. 16; Auer, S. 53

(3) Der Ausdruck "annehmen" ist irreführend. Ein "Nichtannehmen" einer Anmeldung gibt es im schweiz. Recht nicht, denn der Grundbuchführer hat jede Anmeldung nach Art. 14, Abs. 1 GVo ins Tagebuch einzuschreiben. Dann erst folgt die Prüfung und je nach ihrem Ergebnis die Eintragung oder die Abweisung. Auer, S. 53; Homberger, Art. 966 N. 1; Vgl. noch die Ausföhr. Luck, S. 279 ff.

(4) Auer, S. 53 f; Homberger, Art. 966 N. 3; Andermatt, S. 203; Schönberg, S. 12; Luck, S. 284 f.

(5) Art. 966 entspricht Art. 925 d. türk. ZGB

II. Die Legitimation bei dem Anmeldeverfahren

Im allgemeinen ist im schweizerischen Recht zur Anmeldung jeder berechtigt, der ein Recht aufgibt oder eine Belastung, d. h. eine Einschränkung des Rechtes auf sich nimmt (1). Die Anmeldung soll also von demjenigen ausgehen, der von der gesuchten Rechtsänderung in seinen bestehenden dinglichen Rechten nachteilig beeinflusst wird (2). Bei rechtsbegründenden Eintragungen ist dies stets der Eigentümer, bei rechtsvernichtenden regelmäßig der aus dem zu löschenden Recht Berechtigte (Art. 963, Abs. 1, 964). Für den obligatorisch Berechtigten gibt es kein Recht dafür; er hat zu einem Grundbucheintrag nichts zu sagen, er kann ihn nicht aufhalten und braucht nicht zuzustimmen (3). Im einzelnen kann die Anmeldung aber entweder von dem Berechtigten selbst oder von seinem Vertreter (rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher) vorgenommen werden. Es wird daher im folgenden untersucht, wer in diesen verschiedenen Fällen im schweiz. Recht den Berechtigten darstellt und somit zur Anmeldung legitimiert ist :

a) Der Berechtigte in eigener Person

Dieser ist grundsätzlich der im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Verkäufer, bei den beschränkten dinglichen Rechten, der Inhaber dieser Rechte (Art. 963, Abs. 1 ZGB, Art. 15, Abs. 1 GVo) (4). In diesem Fall hat der Grundbuchverwalter die Identität des Verfügenden mit dem Eingetragenen festzustellen (Art. 15, Abs. 2 GVo) (5), da zur Anmeldung nicht materiell Berechtigte sondern grundbuchlich Berechtigte legitimiert sind. Der Grundbuchverwalter hat aber nicht erneut zu prüfen, ob der bestehende Eigentumseintrag seinerzeit richtig erfolgt ist oder ob er noch der materiellen Rechtslage entspricht (6). Der Berechtigte kann auch der Erwerber sein, wie in den vorgesehenen Fällen des Art. 963, Abs. 2, nämlich im Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips (7). Es ist hier davon auszugehen, daß das Eigentum unabhängig vom Grundbuch mit der Verwirklichung des

-
- (1) Andermatt, S. 26; Tuor, S. 342; s. noch "Die Ermittlung des Verfügungsberechtigten" S. 63
 - (2) Andermatt, S. 28; Aeby, S. 28; Schönberg, S. 9
 - (3) Andermatt, S. 28
 - (4) Art. 15 entspricht Art. 16 d. türk. GVo
 - (5) Siehe S. 64 "die Identitätsfeststellung"
 - (6) Homberger, Art. 963, N. 10; Luck, S. 77
 - (7) Dabei ist gemäß Art. 15, Abs. 2 GVo die Identität des Verfügenden mit dem Erwerber festzustellen.

materiellen Erwerbsgrundes erlangt ist (Art. 656, Abs. 2). Die Anmeldung soll nur die materielle Rechtslage mit dem nicht mehr übereinstimmenden Eintrag in Einklang bringen, die Eintragung ist also nur eine Berichtigung des Grundbuches. Demzufolge steht hier die Anmeldung nicht dem früheren Eigentümer zu, dessen Eigentum schon erloschen ist, sondern sie muß entweder von dem Erwerber oder einer anstelle des Erwerbers handelnden Behörde ausgehen (Art. 665, Abs. 2 ZGB, Art. 15, Abs. 3 GVo) (1).

b) Ein rechtsgeschäftlicher Vertreter

Die Anmeldung kann durch einen Stellvertreter erfolgen, der ordnungsgemäß von dem Verfügungsberechtigten dafür eine Vollmacht erlangt hat. Es muß nicht ein Dritter sein. Diese Vollmacht kann auch selbst dem Erwerber erteilt werden (Art. 16, Abs. 2 GVo) (2). In jedem Fall hat der Grundbuchverwalter die Vollmacht zu prüfen. Obwohl die Vollmacht nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertretung (Art. 32 - 40 OR) auch formlos gültig ist, bedarf sie aber hier der Schriftform, da dem Grundbuchamt ein Beleg vorgelegt werden muß (Art. 16, Abs. 1 GVo), der zu den Grundbuchakten gelegt wird (3). In einem Fall bedarf es aber für solche Vollmacht einer öffentlichen Beurkundung, falls die Vollmacht nicht als separates Schriftstück sondern gemäß Art. 16, Abs. 2 GVo schon im Rechtsgrund selbst dem Erwerber erteilt wird und für dieses Grundgeschäft öffentliche Beurkundung vorgesehen ist (4). Die Vollmacht kann für ein einzelnes oder für eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften erteilt werden. Im letzteren Falle handelt es sich um eine Generalvollmacht. Die Generalvollmacht ist im Grundbuchverkehr auch gültig, soweit sie ausdrücklich für diesen ausgestellt ist (5).

-
- (1) Homberger, Art. 963, N. 22/23; Ostertag, Art. 963, N. 22; Andermatt, S. 29 f; Luck, S. 245 ff. (249 ff.).
- (2) Der entsprechende Artikel der türk. GVo (Art. 17) enthält diesen 2. Abs. nicht. Da in der türk. Rechtspraxis durch die Grundbuchführer öffentlich beurkundete Rechtsgeschäfte gleichzeitig den Antrag (Anmeldung) des Veräußerers zur Eintragung enthalten (s. § 5 im II. Teil), käme diese Vorschrift auch nicht zur Anwendung.
- (3) Auer, S. 50; Homberger, Art. 963 N. 15; Andermatt, S. 31; Luck, S. 174 f; Schönberg, S. 39 f; Nußbaum, S. 28; nur v. Tuhr (OR I, S. 289) verlangt bei der Anmeldung der Übertragung des Eigentums für die Erteilung der Vollmacht die öffentliche Beurkundung.
- (4) Homberger, Art. 963 N. 15; a. M. Luck, S. 175
- (5) Auer, S. 50; Ostertag, Art. 963 N. 42; Andermatt, S. 32; Nußbaum, S. 28

Inhaltlich muß die Vollmacht nur auf die Anmeldung lauten. Es braucht nicht eine besondere Eintragungsbewilligung oder Übertragung des materiellen Rechts erwähnt zu werden (1). Die vertraglich erteilte Vollmacht kann jederzeit widerrufen werden (Art. 34, Abs. 1 OR). Mit dem Tod, der Verschollenserklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs einer der beiden Teile erlischt die Vollmacht (Art. 35, Abs. 1 OR). Tritt einer dieser Gründe in der Zeit zwischen der Anmeldung und der Eintragung in das Hauptbuchblatt ein, so kann der Grundbuchverwalter trotzdem der Anmeldung Folge leisten (2).

c) Ein gesetzlicher Vertreter

Die Anmeldung kann von einem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden. Der Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Vertretung liegt darin, daß die Ermächtigung nicht aus freiem Willen, sondern durch Gesetz begründet wird (3).

Gesetzliche Vertreter :

1. Urkundsperson : Nach Art. 963, Abs. 3 ZGB und Art. 16, Abs. 3 GVo (4) können die mit der öffentlichen Beurkundung beauftragten Beamten durch die Kantone angewiesen werden, die von ihnen öffentlich beurkundeten Geschäfte zur Eintragung anzumelden (5). Es ist den Kantonen freigestellt,

-
- (1) Auer, S. 50; Luck, S. 230; Jenny, öff. G. S. 26; s. auch vorne S. 51 ff
 - (2) Homberger, Art. 963 N. 15; s. noch S. 70
 - (3) Andermatt, S. 34
 - (4) Die entsprechenden Artikel des türk. ZGB (Art. 922) und der GVo (Art. 17) enthalten diesen 3. Absatz nicht.
 - (5) Wenn hier die Grundbuchführer zugleich als Urkundsperson bestimmt worden sind (Art. 55 Schl.), werden die Rechtsgeschäfte von ihnen gemäß Art. 948, Abs. 3 vermittels Einschreibung in das Urkundenprotokoll öffentlich beurkundet. Nach Art. 14, Abs. 3 der GVo gilt diese Beurkundung, falls in derselben nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, zugleich als Anmeldung der Eintragung. Es liegt also in der Hand des Verfügungsberechtigten, die Einschreibung in das Urkundenprotokoll nicht als Anmeldung gelten zu lassen und sich vorzubehalten, zu einem späteren ihm genehmen Zeitpunkt von sich aus die Anmeldung einzureichen. (Auer, S. 44; Ostertag, Art. 963 N. 16). - Auer (S. 44) führt weiter aus : "Die Praxis glaubt dann häufig, nur einen Vorvertrag verurkunden zu dürfen, wenn die Anmeldung nicht gleichzeitig stattfinden soll (Jenny, Leg. S. 190, N. 9 erwähnt diesen Fall). Es ist aber absolut zulässig (und Pflicht der Urkundsperson, die Parteien auf diese Möglichkeit der Ko-

von diesem Recht Gebrauch zu machen. Tuen sie dies nicht, so können die Urkundspersonen die Geschäfte dennoch anmelden, aber kraft vertraglicher Vollmacht, wie irgend eine andere Drittperson. Die kantonale Urkundsperson kann somit gesetzlicher oder vertraglicher Vertreter der Parteien sein (1). Wenn sie die Geschäfte als gesetzlicher Vertreter anmelden, stehen sie rechtlich trotzdem in gleicher Stellung, wie wenn sie von den am Rechtsgeschäft beteiligten Personen dazu Auftrag und Vollmacht erhalten hätten (2). Diese gesetzliche Vertretung ist jederzeit widerruflich wie eine vertragliche und erlischt ebenfalls mit dem Tode, mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit usw. der Verfügungsberechtigten.

2. Die Eltern : (Art. 279 ZGB).

3. Aufgrund einer behördlichen Ernennung, wie Vormund, Beistand : Art. 367 - 375 ZGB).

4. U. a. gesetzliche Vertreter (3) :

Erbschaftsverwalter nach Art. 554 ZGB, der amtliche Erbschaftsliquidator (Art. 593 ZGB), der Verwalter von Heimstätten (Art. 356 ZGB), der außerordentliche Konkursverwalter, die Versteigerungsbehörde im Falle der freiwilligen Steigerung nach Art. 235, Abs. 2 OR.

III. Die formellen Erfordernisse der Anmeldung

a) Die Schriftlichkeit :

In den Artikeln 963 und 964 ZGB nennt das Gesetz die Anmeldung schriftliche Erklärung (4). Art. 13, Abs. 1 GVo bestimmt deutlich die Form der

stenverminderung aufmerksam zu machen) den Hauptvertrag direkt zu verkünden und im Rechtsgrund ausdrücklich zu sagen, daß die grundbuchliche Behandlung erst nach besonderer Anmeldung stattzufinden habe".

(1) Andermatt, S. 34

(2) Homberger, Art. 963 N. 18; Auer, S. 42 u. 47; Andermatt, S. 21 f; Nußbaum, S. 29 f; a. M. Gradl, S. 24, wenn er sagt : "Damit wird den Beamten einerseits eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, andererseits ein von den Beteiligten unabhängiges Recht gegeben, die Eintragung herbeizuführen".

(3) Andermatt, S. 35 f; Meier-Hayoz, Art. 656, N. 53

(4) S. Seite 50. N. 3

Anmeldung als die Schriftlichkeit (1). Sie muß auch eigenhändig unterschrieben werden. Die Schriftform ist auch erfüllt, wenn der Anmeldende auf vorgedrucktem Formular beim zuständigen Grundbuchamt unterschreibt (Abs. 2). Es ist sogar hinsichtlich der Einheitlichkeit zweckmäßiger, solche Formulare zu verwenden. Aber diese dürfen nicht obligatorisch vorgeschrieben werden (2). Einer besonders eingereichten Anmeldung bedarf es nicht, wenn der Eintragungswille schon im Rechtsgrund klar und unbedingt ausgesprochen ist (3). Wo die öffentliche Beurkundung durch die Grundbuchverwalter mittels Einschreibung in das Urkundsprotokoll erfolgt, - die Ermächtigung darüber ist den Kantonen durch Art. 55, SchT. gegeben - gilt diese Beurkundung, falls in derselben nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, zugleich als Anmeldung der Eintragung (Art. 14, Abs. 3 GVo) (4).

b) Die Bedingungslosigkeit :

Die Anmeldung darf nicht unter einer Bedingung oder einem Vorbehalte bei dem Grundbuchamt eingereicht werden. Sie muß unbedingt und vorbehaltlos sein (Art. 12, Abs. 1 GVo) (5). Auch Befristungen der Anmeldung sind unzulässig, ebenso die Anmeldungen mit Endfrist. Sie muß also den Grundbuchführer sofortige Eintragung gestatten (6). Bedingte und befristete Anmeldungen müssen von dem Grundbuchführer abgewiesen werden, denn er darf und kann nicht materielle Abreden darauf prüfen, ob die Bedingung erfüllt ist (7). Die bedingte Anmeldung ist nur in einem einzigen Fall möglich, nämlich wenn mehrere miteinander in Zusammenhang stehende Anmeldungen bei einem Grundbuchamt gleichzeitig eingereicht werden. Dann kann man bestimmen, daß eine Eintragung nicht ohne die anderen erfolgen darf (Art. 12, Abs. 2 GVo). Fehlen also die Voraussetzungen für eine Eintragung, so sind auch die andern nicht vorzunehmen. Aber diese Ausnahme

-
- (1) In der Doktrin hat sich allein Wieland auch für eine mündl. Anmeldung ausgesprochen (Art. 963, N. 1).
 - (2) Auer, S. 49; Homberger, 963 N. 5; Luck, S. 260 f; Andermatt, S. 79 f.
 - (3) Auer, S. 49; Nußbaum, S. 30; Guhl, Pers. R., S. 106
 - (4) s. vorne S. 57 N. 5
 - (5) Art. 12 entspricht Art. 13 d. türk. GVo
 - (6) Homberger, Art. 963, N. 6; Luck, S. 262; Ostertag, Art. 963 N. 18; Auer, S. 52
 - (7) Auer, S. 52

muß noch dadurch beschränkt werden, daß solche mehrere Anmeldungen nicht bei verschiedenen, sondern bei demselben Grundbuchamt eingereicht werden dürfen, damit sie zu einer Einheit werden (1).

c) Die Übermittlung :

Zweckmäßig ist es, wenn die Anmeldung durch das persönliche Erscheinen des Anmeldenden auf dem Grundbuchamt erfolgt, damit die Prüfung der Identität durch die Grundbuchverwalter erleichtert wird. Da es aber darüber weder im Gesetz noch in der Verordnung Bestimmungen gibt, muß man es für zulässig erklären, daß die Anmeldung durch die Post oder durch Bote erfolgen kann (2). Der Grundbuchführer wird allerdings die Beglaubigung der Unterschrift verlangen müssen (3). Persönlich erscheinende Anmelder müssen sich ggfs. durch die Ausweispapiere legitimieren (4).

d) Der Inhalt :

Die Anmeldung muß inhaltlich den Willen auf Eintragung enthalten. Wenn die Anmeldung gleichzeitig nicht als Ausweis für die Eintragung dient und dieser Ausweis in einer separaten Urkunde erbracht wird, kann sich die Anmeldung auf die Angabe der einzutragenden Rechte beschränken und für alles weitere auf die als Belege beigefügten Eintragungsunterlagen verweisen (5). Außerdem braucht sie nicht die genaue Bezeichnung der von der Anmeldung betroffenen Grundstücke mit buchgemäßen Parzellnummern aufzuweisen (6).

(1) Homberger, Art. 963 N. 7

(2) Auer, S. 49; Aeby, S. 28; Andermatt, S. 81; Schönberg, S. 10; a. M. Ostertag, Art. 963 N. 39

(3) Auer, S. 59; Schönberg, S. 10

(4) s. hinten S. 64 "Identitätsfeststellung"

(5) Luck, S. 262; Auer, S. 49; Schönberg, S. 11

(6) Auer, S. 49; Luck, S. 263; a. M. Ostertag, Art. 963 N. 17

IV. Die Rücknahme der Anmeldung

Da die Anmeldung im schweizerischen Recht ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft ist (1), kann sie auch allein von der berechtigten Seite ohne Beteiligung der Gegenpartei, sogar gegen ihren Willen ganz oder teilweise zurückgezogen werden (2). Ebenso ist die nachträgliche Änderung der Anmeldung im Sinne einer Änderung des Verfahrenszieles möglich. Umstritten ist hier nur der Zeitpunkt des Rückzuges. Bis zu welchem Zeitpunkt ist die Rücknahme der Anmeldung möglich ?

Die Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch läßt das dingliche Recht noch nicht entstehen, aber sie ist auch nicht ohne rechtliche Bedeutung. Obwohl die dinglichen Rechte mit der Eintragung in das Hauptbuch entstehen, werden ihre Wirkungen auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen (Art. 972, Abs. 1 - 2 ZGB) (3). Dies veranlaßt manche Grundbuchjuristen, die Einschreibung in das Tagebuch als den letztmöglichen Zeitpunkt zur Rücknahme der Anmeldung anzusehen (4). Aber nach der in Doktrin und Praxis herrschenden Meinung (5) ist der Rückzug der Anmeldung möglich bis zum Momente der Eintragung in das Hauptbuch. Diese Auffassung gründet sich auf Art. 972, Abs. 1 ZGB, wonach die dinglichen Rechte durch Eintragung in das Hauptbuch entstehen. Hier muß noch die Frage beantwortet werden, wer zur Rücknahme der Anmeldung im schweizerischen Recht legitimiert ist. Hierbei kommt vor allem der Verfügungsberechtigte in Betracht. Wenn die Anmeldung von ihm selber vorgenommen worden ist, ist er auch allein zur Rücknahme berechtigt. Wie ist es aber mit dem Rückzug der Anmeldung, wenn nicht der Verfügungsberechtigte selber, sondern ein Dritter, nämlich rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertreter, in dessen Vollmacht die Anmeldung vorgenommen hat ? Solange der Vertreter die Anmeldung nicht vollzogen hat, kann der Verfügungsberechtigte durch Entzug seiner Vollmacht die Anmeldung verhindern. Nach Art. 34, Abs. 2 OR ist ein Verzicht auf das Widerrufsrecht nicht möglich. Dieses Widerrufsrecht des Berechtigten ist auch dann gegeben, wenn der Erwerber gemäß Art. 16,

(1) s. darüber S. 53

(2) Auer, S. 44 f; Luck, S. 192 u. 273 ff; Andermatt, S. 198 ff

(3) s. darüber S. 69 f

(4) Wieland, Art. 963 N. 2 d u. Art. 972 N. 7; Schönberg, S. 13 ff; Gradl, S. 44

(5) Auer, S. 44 f; Homberger, Art. 963 N. 8; Haab, Art. 656 N. 14; Ostertag, Art. 963 N. 46; Meier-Hayoz, Art. 656 N. 55; Luck, S. 273 f; Andermatt, S. 196 f; BGE 83 II 15; 85 I 168.

Abs. 3 GVo selbst mit der öffentlichen Beurkundung des Vertrages zur Anmeldung des Rechtsgeschäftes berechtigt worden ist (1). Zu dem gleichen Resultat kann man im Falle der gesetzlichen Vollmacht nach Art. 963, Abs. 3 kommen, da hier auch die gesetzliche Vollmacht der Urkundsperson von ihm jederzeit widerrufen werden kann, sei es durch eine andere Anmeldung oder durch Mitteilung an das Amt oder durch Aufnahme einer entsprechenden Klausel im Rechtsgrundaussweis (2).

Ist aber die Anmeldung durch den Vertreter schon erfolgt und vollzogen, dann erlischt die Vollmacht, wenn nichts weiteres in der Vollmacht enthalten ist, wie etwa das Recht zur Beschwerdeführung bei Abweisung. Hier hat nach vollzogener Anmeldung nur der Vollmachtgeber (Verfügungsberechtigte) das Recht zum Rückzug (3).

Eine andere Frage ist es, ob der rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertreter nach eingereicherter Anmeldung ebenfalls zum Rückzug berechtigt ist.

Nach allgemein vertretener Ansicht (4) kommt ihm keine Parteistellung zu. Seine Vollmacht ist mit der Abgabe der Anmeldung erloschen und er ist daher nicht zur Rücknahme legitimiert. Ebenso ist ein Rückzug durch den Erwerber, der zur Anmeldung die Vollmacht erhalten und diese vollzogen hat, nicht möglich (5). Von manchen Autoren (6) wird jedoch diese Möglichkeit für den gesetzlichen Vertreter (Urkundsperson) anerkannt.

(1) Homberger, Art. 963 N. 9; Auer, S. 45 f; Andermatt, S. 200; Luck, S. 229. a. M. Ostertag, Art. 963 N. 49. Er gibt dem Erwerber die Möglichkeit, sich eine unentziehbare Vollmacht zur Anmeldung erteilen zu lassen.

(2) Auer, S. 46 f.; s. noch vorne S. 57. N. 5

(3) Andermatt, S. 199; Auer, S. 46; a. M. Ostertag, Art. 963 N. 48; Nach ihm: Wenn der Dritte in Vollmacht des Verfügungsberechtigten angemeldet hat, so ist nur dieser zur Rücknahme legitimiert.

(4) Luck, S. 274 f; Andermatt, S. 199; Auer, S. 47 f.

(5) Luck, S. 274 f; Auer, S. 48

(6) Auer, S. 48; Andermatt, S. 20; Ostertag, Art. 963 N. 45

B) Der Ausweis über das Verfügungsrecht und über den Rechtsgrund

Die weitere formelle Voraussetzung des Grundeigentumserwerbes ist das Vorliegen eines Ausweises über den Rechtsgrund und über das Verfügungsrecht. Nach Art. 965, Abs. 1 ZGB (1) dürfen die grundbuchlichen Verfügungen, wie Eintragung, Änderung, Löschung in allen Fällen nur aufgrund eines Ausweises über den Rechtsgrund und über das Verfügungsrecht vorgenommen werden.

I. Der Ausweis über das Verfügungsrecht

a) Die Ermittlung des Verfügungsberechtigten (2)

Der Ausweis über das Verfügungsrecht liegt in dem Nachweise, daß der Geschwister die nach Maßgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat (Art. 965, Abs. 2 ZGB). Da sich der Verfügungsberechtigte nicht in allen Fällen aus dem Grundbuch ergibt, ist der Wortlaut des Gesetzes, nämlich "die nach Maßgabe des Grundbuches", zu eng (3). Jedenfalls nimmt der Verfügungsberechtigte ganz verschiedene Gestalten an, so daß versucht wird, in dieser Hinsicht Gruppierungen vorzunehmen. In dem Gesetze (ZGB) selbst wird in den Art. 963 u. 964 eine Zweiteilung der Einträge rechtsbegründender Art einerseits und in Löschungen und Abänderungen andererseits vorgenommen. Nach allgemein vertretener Ansicht (4) ist bei konstitutivem Eintrag der Veräußerer, der sein Recht aufgibt, bei deklarativem aber der Erwerber verfügungsberechtigt. Auer (5) nimmt eine Gruppierung vor, nachdem er obengenannte Ansichten als "unbefriedigend, nicht konsequent durchführbar, auch methodisch nicht einwandfrei" bezeichnet hat. Nach ihm muß diese Frage nach der Art des Rechtsgrundes beantwortet werden, da der Verfügungsberechtigte immer je nach der Art des Rechtsgrundes eine andere Stellung einnimmt (6).

(1) Art. 965 entspricht Art. 924 d. türk. ZGB

(2) s. noch "die Legitimation bei dem Anmeldeverfahren" S. 55 ff.

(3) Homberger, Art. 965, N. 2

(4) s. dazu S. 55

(5) Auer, S. 93 ff

(6) Nach der Form des Rechtsgrundes, nämlich öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche, gelangt man zum Verständnis der Ordnung des Verfügungsrechtes. In allen Fällen, in denen der Rechtsgrund eine Gesetzesvorschrift ist, ist derjenige verfügungsberechtigt, der durch den Eintrag im dinglichen Rechtsbestand (äußerlich) noch gestärkt wird. Ist der

b) Die Identitätsfeststellung

Jeder Gesuchsteller hat über seine Identität mit dem grundbuchlich Verfügungsberechtigten (Art. 15 GBo) oder - falls er als Stellvertreter handelt - über eine ihm erteilte Vollmacht den Nachweis zu erbringen (Art. 16 GVo). Bei letzterem ist ein doppelter Identitätsnachweis erforderlich, nämlich einerseits ist die Identität des Vollmachtgebers mit dem materiell Berechtigten und andererseits des Anmeldenden mit dem Bevollmächtigten zu beweisen (1). Die Identität wird durch die Ausweispapiere, oder bei schriftlich eingereichten Anträgen durch Vergleichung der Unterschriften in der Anmeldung und im Rechtsgrund, oder in früheren Anmeldungen festgestellt (2). Ist aber der Rechtsgrundaussweis nicht eine öffentliche Urkunde und die Unterschrift der Verfügungsberechtigten weder deponiert noch sonst dem Grundbuchverwalter bekannt, so wird der Grundbuchführer eine Beglaubigung der Unterschrift verlangen (3).

Eine weitere Identitätsfeststellung, nämlich die Identität des Anmeldenden laut Anmeldungsurkunde und dem diese Anmeldung Einreichenden, welcher aus dem Text der Urkunde nicht hervorgeht, verlangt Ostertag in Art. 963, N. 39.

II. Der Ausweis über den Rechtsgrund

Nach Art. 965, Abs. 3 ZGB liegt dieser in dem Nachweise, daß die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist (4). Z. B. bei einem Grundstückskauf muß dann ein öffentlich beurkundeter Kaufvertrag vorliegen.

Der Rechtsgrundaussweis unterliegt vor allem einer formellen Prüfung des

Rechtsgrund aber ein Rechtsgeschäft, dann ist verfügbungsberechtigt, wer sein dingliches Recht aufgibt, wer durch den Eintrag geschwächt wird.
Auer, S. 94 ff.

- (1) Homberger, Art. 965 N. 6; Luck, S. 178
- (2) Homberger, Art. 965 N. 6; Auer, S. 52
- (3) Auer, S. 52; Homburger, Art. 965, N. 6; Luck, S. 178 f.
- (4) s. noch "der Formzwang für die Verträge auf Eigentumsübertragung bei Grundstücken" S. 73 ff. dieser Arbeit.

Grundbuchführers. In unserem Beispiel bezieht sie sich darauf, ob der Kaufvertrag öffentlich beurkundet worden ist. Seine Prüfungspflicht und -recht ist in dieser Richtung unbeschränkt (1). Er muß anhand der kantonalen oder bundesrechtlichen Vorschriften die Form des Ausweises genau prüfen. Wo eidgenössische Formvorschriften bestehen, sind sie maßgebend. Stehen ihnen Kantone entgegen, so gilt: "Bundesrecht bricht kantonales Recht" (2). Neben der Prüfung des Rechtsgrundausweises in Bezug auf die Form ist noch eine Kenntnisaufnahme von dem Inhalt des Rechtsgrundausweises durch den Grundbuchführer unerlässlich. Er muß vom Inhalt Kenntnis nehmen, um einmal die Eintragungsfähigkeit festzustellen, und ferner um die gesetzlich verlangte Form bestimmen zu können (3).

Die Prüfung des Inhalts des Rechtsgrundausweises durch den Grundbuchführer ist aber beschränkt. Er darf z. B. nicht den Inhalt auf Zweckmäßigkeit oder Billigkeit hin prüfen. Die einzelnen Bestimmungen, Versprechen und persönlichen Verpflichtungen (sofern sie rechtlich überhaupt möglich sind) und wegen Mängel im Vertragsschluß (Irrtum, Täuschung, Zwang, Übervorteilung) anfechtbare Verträge verhindern die grundbuchliche Behandlung nicht (4). Demgegenüber dürfen die Verträge, die unmöglichen, unsittlichen oder widerrechtlichen Inhalt haben, nicht zum Eintrag gelangen. Sie müssen von dem Grundbuchführer abgewiesen werden. "Denn hier handelt es sich um von Anfang an nichtige Rechte, die der Eintragungsfähigkeit entbehren" (5). Andererseits ist der Rechtsgrund selber, d. h. die materielle Gültigkeit des Ausweises der Prüfung des Grundbuchführer entzogen (6). Nur bei erheblichem Zweifel an der materiellen Richtigkeit darf der Grundbuchführer weitere Erkundungen einziehen (7).

(1) Auer, S. 79; Homberger, Art. 965 N. 42

(2) Auer, S. 79

(3) Auer, S. 80; Andermatt, S. 143; Luck, S. 98

(4) Auer, S. 80 f; Homberger, Art. 965 N. 44

(5) Auer, S. 81. In gleichem Sinne Homberger, Art. 965 N. 43. Es muß jedoch der Mangel der Verträge hinsichtlich des unmöglichen usw. Inhalts "offensichtlich" sein. Dieses Erfordernis wird von Homberger (Art. 965 N. 43) kritisiert: "da die versteckten Mängel hier die wichtigeren sein dürften". Nach ihm muß eine solche Ungültigkeit "eindeutig" sein.

(6) v. Tuhr, S. 46; Auer, S. 78; Nußbaum, S. 30; Vgl. Homberger, Art. 965, N. 43

(7) Auer, S. 78, N. 3; Nußbaum, S. 30

Eine Zusammenstellung der vorgeschriebenen Formen des Rechtsgrundausweises finden wir in den Artikeln 18 - 23 der GVo (1). In Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft den Rechtsgrund bildet, können als Form des Rechtsgrundausweises entweder die öffentliche Beurkundung, die einfache Schriftlichkeit oder besondere Formen angewendet werden (2).

In Fällen, in denen der Rechtsgrund die gesetzlich eintretende Folge einer Tatsache ist, liegt der Ausweis dann im Nachweise dieser Tatsache.

a) Bei der Aneignung ist er ein bloßer Nachweis des Besitzerwerbs. Wo die Aneignung der herrenlosen Grundstücke von der Bewilligung der zuständigen Behörde (3) abhängig gemacht wird, dient diese Bewilligung gleichzeitig als Rechtsgrundausweis im Grundbuchverfahren. Der Nachweis der erfolgten Okkupation ist in diesen Fällen nicht dem Grundbuchamt, sondern der die Aneignung bewilligenden Behörde zu erbringen (4).

b) Bei Erbargang (Art. 18 GVo, Fall 2) (5) : Die gesetzlichen und eingesetzten Erben haben als Ausweis eine durch die zuständigen Behörden nach kantonalem Recht ausgehändigte Bescheinigung über ihre Anerkennung als einzige Erben des Erblassers zu erbringen. Bei Vermächtnis durch die Abschrift der letztwilligen Verfügung gemäß Art. 558 ZGB (6). Im Falle von Erbteilung (Fall 3) durch die schriftliche Zustimmungserklärung sämtlicher Miterben, oder durch einen schriftlichen Teilungsvertrag.

c) Bei Enteignung : (Fall 4) durch einen dem angewendeten Enteignungsrecht entsprechenden Ausweis, im Zweifel durch die Bescheinigung über Zahlung, Hinterlegung oder Sicherstellung der Entschädigungssumme.

d) Bei Zwangsversteigerung : (Fall 5) durch die vom Betreibungsamt bzw. Konkursverwaltung ausgestellte Bescheinigung des Zuschlags (7) und mit der

(1) Art. 18 - 23 entsprechen Art. 19 - 24 d. türk. GVo.

(2) s. dazu S. 73 ff.

(3) In der Schweiz kantonale Behörden (Art. 664, Abs. 3). Im türkischen Recht gelten hier die Bestimmungen der Sondergesetze oder Verordnungen. s. dazu S. 33, N. 2

(4) Luck, S. 162

(5) s. dazu noch S. 34 f.

(6) Art. 558 entspricht Art. 537 d. türk. ZGB

(7) Nach Art. 66 VZG und Art. 236, Abs. 2 OR haben die Behörden den Zuschlag bei dem Grundbuchamt anzuzeigen. Darüber s. S. 36

Ermächtigung zur Eintragung (1). Bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung dient als Rechtsgrundausweis das Versteigerungsprotokoll oder die Anzeige des Versteigerungsamtes gemäß Art. 235, Abs. 2 OR (2). Hingegen ist bei der freiwilligen nicht öffentlichen Versteigerung ein öffentlich beurkundeter Kaufvertrag als Rechtsgrundausweis einzureichen (3).

e) Im Falle eines Urteils: (Fall 6) durch das Urteil selbst, mit der Bescheinigung der Rechtskraft und mit der Ermächtigung zur Eintragung (4).

C) Die Zahlung der Grundbuchgebühren und der Rechtsverkehrssteuern

Das Gesetz in seinem Art. 954, Abs. 1 (5) erlaubt den Kantonen, für die Eintragungen in das Grundbuch und für die damit verbundenen Vermessungsarbeiten Gebühren zu erheben. Der Ausdruck "für die Eintragungen in das Grundbuch" darf nicht nur im technischen Sinne verstanden werden. Hierher gehören auch die Vormerkungen, Anmerkungen, Veränderungen, Löschungen, Erstellung von Auszügen, Bescheinigungen (Art. 105 GVo) sowie die besonde-

-
- (1) "Der Ersteigerer ist durch den Zuschlag außerbuchlich Eigentümer geworden. Wenn trotzdem eine Ermächtigung zur Eintragung gefordert wird, so erfährt dies seine Rechtfertigung dadurch, daß die Eintragung erst erfolgen soll, wenn der Zuschlagspreis und die Kosten vollständig bezahlt sind (VZG 66/2)." - Luck, S. 157; Vgl. Homberger, Art. 960, N. 42; Auer, S. 85
 - (2) Luck, S. 159; Andermatt, S. 189 f; Auer, S. 88 unter a); Haab, Art. 657, N. 10; Homberger, Art. 965 N. 21; Oser/Schönenberger, Art. 235, N. 6
 - (3) Luck, S. 160; Auer, S. 89; Homberger, Art. 965, N. 21; Haab, Art. 657 N. 4; Oser/Schönenberger, Vorb. Art. 229 - 236, N. 18
 - (4) "Die Ermächtigung zur Eintragung wird vor allem deshalb gefordert, um dem Richter zum Bewußtsein zu bringen, daß sein Urteil als Beweismittel im Grundbuchverfahren Verwendung finden soll." - Luck, S. 165 f; Vgl. Auer, S. 85; Homberger, Art. 963, N. 35; Meier-Hayoz, Art. 665 N. 38
 - (5) Diesen Artikel enthält das türk. ZGB nicht. Die entsprechenden Bestimmungen sind im türk. Recht durch spezielle Gesetze erlassen worden.

re Inanspruchnahme eines Beamten bei Einsicht in das Grundbuch (vgl. Art. 970) (1). Die Höhe und der Zeitpunkt der Fälligkeit dieser Gebühren wird vom kantonalen Recht bestimmt, welches regelmäßig vorschreibt, daß sie von Pflichtigen vorzuschießen seien (2). Bei rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragungen können von den Kantonen noch Rechtsverkehrssteuern erhoben werden, deren Objekte Eigentümerwechsel oder die Begründung von Pfandrechten bilden (3). Die Kantone können mit der Überwachung der Zahlung, sogar mit der Erhebung der Steuern selbst, das Grundbuchamt beauftragen. In diesen Fällen ist die Anmeldung bei Nichtzahlung der Steuern abzuweisen (4). Und da sowohl Gebühr wie Steuer von den Kantonen erhoben werden, kann es vorkommen, daß beide zu einer einheitlichen Abgabe verschmolzen werden, sog. Gemengsteuern (5). Die Kantone sind noch befugt, die grundbuchliche Behandlung von der vorausgehenden Zahlung der Gebühr abhängig zu machen, den Bezug (Quittungen, Gebührenmarken) zu ordnen und gemäß Art. 80, Abs. 2 SchKG Kostenrechnungen vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichzustellen (6).

Das Bundesrecht verordnet aus bodenpolitischen Gründen Gebührenfreiheit für die Eintragungen, die mit Bodenverbesserungen oder mit Bodenaustausch zum Zwecke der Abrundung landwirtschaftlicher Betriebe zusammenhängen (Art. 954, Abs. 2 ZGB). Wird sie versagt, so ist Beschwerde an die Aufsichtsbehörde des Bundes möglich (Art. 956 ZGB). Diese Gebührenfreiheit bezieht sich aber nur auf die eigentlichen Grundbuchgebühren und nicht auf die Beurkundungskosten oder Rechtsverkehrssteuern, deren Erhebung in die Kompetenz der Kantone fällt (7).

(1) Homberger, Art. 954 N. 1; Luck, S. 330

(2) Luck, S. 330; Homberger, Art. 954 N. 2

(3) Durch den Art. 954 ZGB, der nur von Gebühren spricht, ist die Steuerhoheit der Kantone und deren Kompetenz zur Erhebung von Verkehrssteuern in keiner Weise beeinträchtigt worden. - Meier-Hayoz, Art. 656 N. 6a; Homberger, Art. 954 N. 3

(4) Luck, S. 330 f

(5) Homberger, Art. 954 N. 4

(6) Homberger, Art. 954 N. 2

(7) Homberger, Art. 954 N. 7

A) Inhalt und Form der Eintragung

Bedingungen und Zeitbestimmungen dürfen im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuches nicht an die Eigentumsübertragung geknüpft werden (1). Zwar darf man das Grundgeschäft, z. B. den Kauf, bedingt abschließen; aber dann kann die Eintragung in das Grundbuch erst erfolgen, wenn die Bedingung erfüllt ist (Art. 217, Abs. 1 OR) (2). Daher ist auch die Eintragung eines Eigentumsvorbehaltes ausgeschlossen (Art. 217, Abs. 2 OR).

Der Eigentumsvorbehalt in bezug auf Grundstücke muß (im Gegensatz zu beweglichen Sachen) ohne dingliche Wirksamkeit bleiben. Will sich also der Veräußerer das Eigentum vorerst wirklich vorbehalten, so muß so lange die Eintragung unterbleiben (3). Die Form der Eintragung, nämlich in welcher Weise der Eintrag und die Löschung sowie die Auszüge grundbuchtechnisch erfolgen sollen, wurde gemäß Art. 949, Abs. 1, 967, Abs. 3 ZGB durch bundesrechtliche Verordnung festgestellt (Art. 25 ff GVo) (4).

B) Maßgebender Zeitpunkt der Eigentumsübertragung

Als maßgebender Zeitpunkt des Eigentumserwerbes im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips wird von dem Gesetz in seinem Art. 972, Abs. 1 der Moment der Eintragung in das Hauptbuch bestimmt. Die vorangegangene Einschreibung in das Tagebuch bzw. ins Urkundenprotokoll (Art. 948 ZGB, Art. 14 GVo) hat keine eigentumsübertragende Wirkung. Es folgt daraus, daß die Aufhebung des obligatorischen Rechtsgeschäftes gemäß Art. 115 OR (5) und der Widerruf der Anmeldung bis zu dem Moment möglich sind, in dem die Eintragung in das Hauptbuch erfolgt ist (6).

-
- (1) Darüber, daß schon die Anmeldung zur Eintragung unbedingt und vorbehaltlos sein muß, s. S. 59 f
 - (2) Art. 217 entspricht Art. 214 d. türk. OR
 - (3) Leemann, Art. 656 N. 39
 - (4) Sie entsprechen Art. 26 ff d. türk. GVo.
 - (5) Im türk. OR ist dieser Artikel nicht enthalten.
 - (6) s. S. 70 und S. 61

Ist aber die Eintragung erfolgt, werden ihre Wirkungen auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen (1), vorausgesetzt, daß die erforderlichen Ausweise für den Tag des Eingangs der Anmeldung vollständig und gültig beigebracht sind oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden (Art. 972, Abs. 2 ZGB). Daher trägt die Eintragung im Hauptbuch auch das Datum der Tagebucheinschreibung (Art. 26, Abs. 3 GVo) (2).

Wenn zum Zeitpunkt der Anmeldung und der darauffolgenden Einschreibung in das Tagebuch alle Erwerbsvoraussetzungen vorhanden sind, muß die Eintragung in das Hauptbuch erfolgen, ohne Rücksicht auf alle Änderungen, die in der Zwischenzeit, nämlich von der Einschreibung ins Tagebuch bis zur Eintragung in das Hauptbuch (da zwischen beiden je nach der Geschäftslast oder aus anderen zufälligen Gründen mehr oder weniger Zeit verstreichen wird) eintreten, wie Tod oder Konkurs des Veräußerers, Verlust der Handlungsfähigkeit usw. Nach diesem Zeitpunkt eintretende Ereignisse können also das Recht des neuen Erwerbers nicht beeinträchtigen (3). Der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges ist auch noch von Bedeutung (4):

- für die Verjährung der Pflicht zur Gewährleistung,
- für die Mängel eines Gebäudes nach Art. 219, Abs. 3 OR,
- für den Übergang von Nutzen und Gefahr auf den Käufer (abgesehen von Ausnahmen der Art. 185 und 220 OR),
- sowie für den Verlust des gesetzlichen Rücktrittsrechts des Verkäufers bei Verzug des Käufers.

(1) Es wird Kraft einer gesetzlichen Fiktion so gehalten, als ob das Recht im Zeitpunkte der Tagebucheinschreibung entstanden wäre. Homberger, Art. 972 N. 6; Wieland, Art. 972 N. 1; Ostertag, Art. 972 N. 3; Schönberg, S. 14; Luck, S. 270. - "Diese Ordnung wird damit begründet, daß in Bezug auf die Entstehung und den Rang der dinglichen Rechte nicht schlechthin auf den Zeitpunkt der Eintragung im Hauptbuch abgestellt werden darf, da diese Eintragung etwas Äußerliches ist und nicht in der Gewalt der Beteiligten steht, indem sie von der Tätigkeit der Beamten abhängt." Luck, S. 270

(2) "Es wäre nun aber unrichtig, daraus zu folgern, daß das Recht nicht ohne vorgängige Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch entstehen könnte. Für das Grundbuchamt selbst ist die Tagebucheinschreibung nur eine, wenn auch zwingend zu befolgende Ordnungsvorschrift. Die Unterlassung der Einschreibung bewirkt nicht, daß die Eintragung im Hauptbuch nichtig wäre"; Luck, S. 271; im gleichen Sinne Homberger, Art. 948 N. 6; Ostertag, Art. 948 N. 4

(3) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 64; Haab, Art. 656 N. 14; Homberger, Art. 966 N. 5; Ostertag, Art. 967 N. 4; Luck, S. 272; Gradl, S. 39

(4) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 65

A) Rechtsstellung der Parteien vor der Eintragung

Vor der Eintragung in das Grundbuch besteht bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung zwischen beiden Parteien nur ein rein obligatorisches Verhältnis (1), d. h. der Erwerber hat gegen den Veräußerer nur einen persönlichen Anspruch auf Erfüllung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums (Art. 665, Abs. 1 ZGB) (2). Gegenstand des Anspruchs auf Erfüllung ist Besitzübertragung (Tradition) und Eintragung in das Grundbuch (Abgabe der schriftlichen Erklärung gemäß Art. 963, Abs. 1 ZGB). Ein solch obligatorisches Verhältnis hindert den Eigentümer nicht, sein Grundstück weiter zu veräußern oder auf irgend eine andere Weise darüber zu verfügen. Für den Erwerber, wenn er sicher gehen und sich nicht nur mit den Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Veräußerer zufriedengeben will, besteht die Möglichkeit, zur Sicherung seiner Rechte eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vormerken zu lassen (Art. 960, Ziff. 1 ZGB) (3). Falls der Veräußerer nach Abschluß eines gültigen obligatorischen Rechtsgeschäftes noch den Besitz auf den Erwerber übertragen hat, aber die beiden Parteien z. B. aus Gründen der Kostenersparnis die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch doch unterlassen haben, so verschafft eine solche Besitzübergabe noch kein Eigentum (4). Eine solche Besitzübertragung hat aber zugunsten des Besitzers die folgenden besonderen Wirkungen (5):

- sie gewährt ihm gemäß Art. 937, Abs. 2 Besitzerschutz. Also gelten die Art. 926 - 929 auch für die Grundstücke in gleicher Weise wie für Fahrnis.
Der Besitzrechtsschutz (Art. 930 - 936) steht dagegen nur dem im Grundbuch eingetragenen Besitzer zu (Art. 937, Abs. 1).
- Gegenüber dem Herausgabeanspruch des eingetragenen Veräußerers hat der Besitzer - sofern das Rechtsgeschäft gültig ist - die Einrede des Rechtes zum Besitz.

-
- (1) Im Gegensatz französisches Recht, s. darüber S. 40
 - (2) s. "Richterliches Urteil" S. 37 ff dieser Arbeit
 - (3) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 35; s. im einzelnen Homberger, Art. 960 N. 11-28; Ostertag, Art. 960 N. 9 ff; Luck, S. 36 ff; Jenny, öff. G. S. 165 ff
 - (4) BGE 86 II 230, zitiert Meier-Hayoz, Art. 656 N. 36
 - (5) Meier-Hayoz, Art. 656, N. 37 ff; Leemann, Art. 656 N. 12; Haab, Art. 656, N. 32

B) Die Wirkungen der Eintragung

I. Allgemein

Im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips ist die Eintragung ein wichtiges Erfordernis des Eigentumsübergangs an Grundstücken. Jedoch ist sie nicht das einzige. Damit das Eigentum übergeht, müssen noch verschiedene (materielle und formelle) Voraussetzungen gegeben sein (1). Daher hat die Eintragung nicht in dem Sinne positive (formelle) Rechtskraft, daß sie stets und jedem gegenüber das dingliche Recht zur Entstehung zu bringen vermöchte (2).

II. Sonstige Wirkungen der Eintragung (3)

- Die Grundbucheintragung begründet für den Eingetragenen eine Vermutung des Rechtes (Art. 937, Abs. 1 ZGB) (4). Eine Vermutung für den Besitzer einer beweglichen Sache, daß er ihr Eigentümer sei, begründet auch der Besitz im Fahrnisrecht (Art. 930, Abs. 1 ZGB) (5)
- Der Besitzesrechtsschutz der Art. 930 - 936 (im Gegensatz zum Besitzesschutz der Art. 926 - 929) stets nur dem im Grundbuch eingetragenen Besitzer zu (Art. 937, Abs. 1 ZGB);
- Die Eintragung legitimiert den Eingetragenen im Rechtsverkehr gegenüber gutgläubigen Dritten als Eigentümer (Art. 973 ZGB) (6);
- Sie bildet die Voraussetzung der ordentlichen (Tabular-) Ersitzung (Art. 661 ZGB) (7);
- Bei der Verteilung der Parteirollen im Widerspruchs- und Lastenbereinigungsprozeß kommt es auf die Eintragung im Grundbuch an;
- Der Erwerber erlangt mit dem Eigentum an Grundstück auch das Eigentum an dessen Zugehör, soweit keine gegenteilige Verabredung vorliegt.

(1) s. obige Ausführungen unter § 1 u. 2

(2) Homberger, Art. 971 N. 2

(3) Meier-Hayoz, Art. 656 N. 56 ff.

(4) Art. 937 entspricht Art. 905 d. türk. ZGB

(5) Art. 930 entspricht Art. 898 d. türk. ZGB

(6) Aber nur in denjenigen Kantonen, in denen das eidgenössische Grundbuch eingeführt oder eine andere Einrichtung ihm gleichgestellt ist (Art. 48, Abs. 3 SchlT.).

(7) Art. 661 entspricht Art. 638 d. türk. ZGB

II. Teil

Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis

Drittes Kapitel

Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis bei der Anwendung einiger Formvorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches

§ 5 Die Handhabung der Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Form der Verträge auf Grundeigentumsübertragung im türkischen Recht

A) Die Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Form der Verträge auf Grundeigentumsübertragung

I. Der Formzwang für die Verträge auf Eigentumsübertragung bei Grundstücken

Art. 657, Abs. 1 ZGB (1) verlangt für die Verträge auf Eigentumsübertragung bei Grundstücken (2) die Erfüllung einer bestimmten Form, nämlich öffentliche Beurkundung. Eine entsprechende Bestimmung über den Grundstückskaufvertrag befindet sich im Art. 216 OR (3). Die Erklärung, warum die Bestimmung über die Form des kausalen Rechtsgeschäfts in das Sachenrecht eingefügt ist, ergibt sich aus den folgenden Erläuterungen über die Bedeutung und Wirkung der öffentlichen Beurkundung (4). Sie ist nach schweizerisch-türkischem Recht :

(1) Art. 657 entspricht Art. 634 d. türk. ZGB

(2) Unter Grundstücken sind nicht nur Liegenschaften zu verstehen. Die Bedeutung des Grundstücksbegriffs ist entsprechend dem Art. 655 ZGB umfassender. Demnach ist öffentliche Beurkundung auch für den Vertrag auf die Übertragung der in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte und Bergwerksberichtigungen erforderlich. Meier-Hayoz, Art. 657, N. 11; Kellerhals, S. 20

(3) Art. 216 entspricht Art. 213 d. türk. OR

(4) Meier-Hayoz, Art. 657 N. 93

ein privilegiertes Beweismittel im Sinne von Art. 9 (= 7 türk)ZGB

- eine Gültigkeitsform. Nur durch sie kann die obligatorische Bindung der Parteien gültig zustandekommen;
- sie stellt den Rechtsgrund her, auf Grund dessen der Erwerber vom Veräußerer die Eintragung im Grundbuch und bei unbegründeter Weigerung die gerichtliche Zusprechung des Eigentums verlangen kann (Art. 665, Abs. 1 ZGB);
- sie ist Voraussetzung für die dingliche Wirkung des Grundbucheintrags: Der formungültige obligatorische Vertrag läßt den Erwerber trotz Eintragung in das Grundbuch nicht Eigentümer werden;
- sie bildet nach erfolgter Eintragung in der Form des Belegs einen Bestandteil des Grundbuches (Art. 942 ZGB).

Mit der Aufstellung des Formzwanges wurde eine wesentliche Ausnahme von dem Prinzip der Formfreiheit geschaffen, die ihre besonderen Gründe haben muß. Die mit dem Gesetz verfolgten Ziele des Formzwanges im Grundstücksverkehr und den Zweck des Artikels 657, Abs. 1 ZGB kann man in folgenden Punkten kurz zusammenfassen (1):

- a) Schutz der Parteien vor unbedachten und übereilten Vertragsschlüssen. Sie sollen also dazu angehalten werden, ohne Hast und mit aller Gründlichkeit und Aufmerksamkeit zu überlegen, was sie vorzunehmen beabsichtigen.
Der Staat hat auch ein Interesse daran, daß die Parteien sich ihr Vorhaben genau überlegen. Dieses Interesse besteht nicht wegen des meist erheblichen Werts der Grundstücke, sondern es ergibt sich aus der sozialen Bedeutung des Grundeigentums (2).
- b) Förderung der Präzision des Vertrages, um Streitigkeiten vorzubeugen und
- c) Herstellung einer sicheren Grundlage für die Eintragung im Grundbuch, da grundbuchliche Einrichtungen nur auf diese Weise zuverlässig funktionieren können.

(1) Leemann, Art. 657, N. 2 ff; Kellerhals, S. 21 ff; Meier-Hayoz, Art. 657, N. 2 ff. - Vgl. weiter Mutzner, ZSR, S. 110 a ff.; Huber, S. 81 ff. insb. S. 84 f; Haccius, S. 10 ff u. 71 ff.; Müller, S. 12 ff. u. 68; Luck, S. 126; Andermatt, S. 145; Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 1; Haab, Vorb. zum 19. Titel, N. 2

(2) Leemann, Art. 657 N. 2; Kellerhals, S. 22 f

Die öffentliche Beurkundung ist aber nicht die einzige Form, die für alle auf Eigentumsübertragung an Grundstücken gerichteten Rechtsgeschäfte anzuwenden ist. Das Gesetz sieht gleich in Abs. 2 des Art. 657 für einige Rechtsgeschäfte besondere Formen vor. Es unterläßt aber dabei, noch auf eine Vielzahl weiterer Ausnahmen des in Abs. 1 niedergelegten Prinzips hinzuweisen (1).

Die in Abs. 2 des Art. 657 genannten besonderen Formen gelten für die Eigentumsübertragungen :

- a) kraft Ehevertrages (Art. 181 ZGB) (2) und
- b) kraft Verfügung von Todes wegen, namentlich :
 - öffentliches Testament (Art. 499 - 503 ZGB) (3)
 - Erbverträge (Art. 512) (4), welche nach ihrem Inhalt Erbeinsetzungs-, Erbverzichts-, Erbauskaufts- oder Vermächtnisverträge sein können. Ihnen unterstehen noch die Schenkung auf den Todesfall (Art. 245, Abs. 2 OR) (5) und der Erbverpfändungsvertrag (Art. 521, Abs. 2 und 522 OR) (6).

II. Die öffentliche Beurkundung

a) Begriff und Gegenstand der öffentlichen Beurkundung

Das ZGB enthält weder Bestimmungen, wie die öffentliche Beurkundung vorgenommen wird (es ist durch Art. 55 SchlT. den Kantonen überlassen, die Bestimmungen aufzustellen, wie die öffentliche Beurkundung auf ihren Gebieten geschehen soll), noch umschreibt es sie, obwohl es sich hierbei um

-
- (1) s. in Meier-Hayoz, Art. 657 eine ausführl. Aufzählung der Rechtsgeschäfte, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen (N. 15-44) oder ohne öffentliche Beurkundung gültig zustandekommen können (N. 45-81).
 - (2) Art. 181 entspricht Art. 173 d. türk. ZGB; s. noch N. 1 auf S. 40
 - (3) Art. 499 - 503 entsprechen Art. 479 - 483 d. türk. ZGB
 - (4) Art. 512 entspricht Art. 492 d. türk. ZGB
 - (5) Art. 245 entspricht Art. 240 d. türk. OR
 - (6) Art. 521, 522 entsprechen Art. 511, 512 d. türk. OR. - s. über die Form d. Erbverpfändungsvertrages im türk. Recht noch d. Ausführungen S. 90 f

einen Begriff des Bundesrechtes handelt (1).

Nach der durch die Doktrin und Rechtsprechung erfolgten Umschreibung (2) ist die öffentliche Beurkundung die Festlegung der rechtlich relevanten Tatsachen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen durch eine Urkundsperson im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in der vorgeschriebenen Form. Die in Art. 657 ZGB vorgeschriebene öffentliche Beurkundung ist nicht eine Beurkundung der bloßen Tatsache (wie die Beglaubigung einer Unterschrift), sondern eine Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen.

Hier erhebt sich die Frage, ob zum Erfüllen des Formzwanges des Art. 657 die Beurkundung aller rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien erforderlich ist, oder wieweit sich sonst ein solcher Formzwang erstreckt. Im Gesetz selbst finden sich keine Bestimmungen, in denen die formbedürftigen Elemente solcher Rechtsgeschäfte ausdrücklich erwähnt sind. Es wird allgemein angenommen, daß eine lückenlose Beurkundung des gesamten Vertragsinhaltes nicht notwendig ist. Demgegenüber besteht Streit darüber, welche Inhaltsteile des Vertrages unbedingt beurkundet werden müssen.

Nach der in der schweiz. Doktrin und Praxis herrschenden subjektiven Theorie sind zu beurkunden (3) :

1. Alle objektiv wesentlichen Bestandteile des Geschäfts (*essentialia negotii*);
Die vom Gesetz für den Grundstückskaufvertrag als objektiv wesentlich angesehenen Elemente sind : die Bestimmung (oder auch nur Bestimmbarkeit) des Vertragsobjekts, d. h. des zu veräußernden Grundstückes, und der Gegenleistung, d. h. des Kaufpreises. Der Kaufpreis soll nicht nur überhaupt, sondern auch vollständig und richtig angegeben sein (4).
- (1) Beck, Art. 55 N. 5; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 92; Mutzner, ZSR, S. 118a; Haab, Art. 657 N. 11; Andermatt, S. 145; Oser/Schönenberger, Art. 11 N. 19 u. Art. 216 N. 3; Kellerhals, S. 16; BGE 84 II 636; a. M. BGE 46 II 234; 57 II 147
- (2) Haab, Art. 657, N. 11; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 92; Leemann, Art. 657 N. 23; Beck, Art. 55 N. 4; Mutzner, ZSR, S. 118a f; Kellerhals, S. 18 f; Luck, S. 126; Haccius, S. 31; Andermatt, S. 145.
- (3) Leemann, Art. 657, N. 16; Wieland, Art. 657, N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 11, N. 10 u. Art. 216, N. 5 u. 9; Meier-Hayoz, Art. 657, N. 84 ff. und dort zitierte Rechtsprechung. Vgl. Kellerhals S. 26 ff
- (4) s. weiter über die Simulation und darunter Kaufpreissimulation S. 80

Eine ziffermäßig genaue Angabe des Kaufpreises ist ausnahmsweise nur dann nicht erforderlich und dessen Bestimmbarkeit genügend, wenn im Zeitpunkt der Vornahme der Beurkundung der Preis noch nicht feststeht, sondern erst nach erfolgter Beurkundung bestimmt werden muß (1). Das Erfordernis der Angabe des Kaufpreises ist nicht erfüllt, wenn die öffentliche Urkunde nur einen Vermerk, wie der Preis sei "bezahlt", "verrechnet" oder dergleichen, enthält (2).

2. "Jene Bestimmungen, welche Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen" (3), z. B. die besonderen Zahlungsbedingungen, das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Weigerung der Parteien, zum formrichtigen Abschluß des Vertrages Hand zu bieten oder eines Reugeldes für den Fall des Rücktrittes oder einer zusätzlichen Leistung des Käufers im Falle des Eintritts eines künftigen ungewissen Ereignisses (4).
3. "Auch objektiv unwesentliche Punkte, die jedoch die Parteien zur conditio sine qua non des Geschäftsabschlusses gemachten haben" (5). Als solche (subjektiv wesentlich) gelten "jene Vertragspunkte, die den Parteien gleich wichtig sind wie die essentialia, von denen also anzunehmen ist - und zwar auf Grund des erklärten Parteiwillens oder, beim Fehlen einer solchen Erklärung, nach der sachlichen Wichtigkeit eines Vertragspunktes für die Parteien - daß eine Partei den Vertrag ohne Einigung darüber nicht abschließen würde oder nicht abgeschlossen hätte" (6).

-
- (1) Meier-Hayoz, Art. 657 N. 84; Vgl. Kellerhals, S. 92 f.; Müller, S. 71; Bürgisser, S. 10; Schönberg, S. 85
 - (2) Kellerhals, S. 93; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 84; a. M. Homberger, Art. 965 N. 45
 - (3) Haab, Art. 657 N. 17; Becker, Art. 216, N. 4; Vgl. Bürgisser, S. 11
 - (4) Meier-Hayoz, Art. 657, N. 85 und dort zitierte Rechtsprechung
 - (5) Meier-Hayoz, Art. 657 N. 87 mit Hinweisen auf die wichtige Rechtsprechung. a. M. Haab, Art. 657 N. 15 ff. (N. 17)
 - (6) BGE 68 II 233; 78 II 439 zitiert Meier-Hayoz, Art. 657, N. 88

b) Die Zuständigkeit und das Verfahren bei der öffentlichen Beurkundung

Wo, von wem und wie die öffentliche Beurkundung vorgenommen wird, ist nach Art. 55 SchlT. von den Kantonen zu bestimmen (1). Deshalb ist in der Schweiz darüber keine einheitliche Form vorhanden. Es kann aber von manchen Grundtypen gesprochen werden. Sachlich zuständig sind entweder die Notare (beamtete oder Berufsnotare) oder andere Beamte, meistens die Gemeinde-, Bezirks- oder Landschreiber. In einigen Kantonen obliegt diese Aufgabe den Grundbuchverwaltern selbst (wie im Art. 948, Abs. 2 vorgesehen ist) (2). In diesem Fall erfolgt die öffentliche Beurkundung mittels Einschreibung in das Urkundsprotokoll, so daß diese Beurkundung im Zweifel als Anmeldung gilt (Art. 14, Abs. 3 GVo) und an die Stelle der Einschreibung in das Tagebuch tritt (Art. 972, Abs. 3 ZGB) (3).

- (1) Dieser Verzicht des Bundes bedeutet nicht, daß die Kantone auf ihren Gebieten solche Vorschriften aufstellen dürfen, die geeignet sind, die vom Bund gewollte privatrechtliche Ordnung zu verunmöglichen oder ungebührlich zu erschweren. Sie haben sich an gewisse Bedingungen und Schranken zu halten, die ihnen durch das Bundesrecht gesetzt sind. Mutzner, ZSR, 40 S. 113a; Kellerhals, S. 17; Müller, S. 67
- (2) Das türk. ZGB enthält den Art. 948 nicht. Trotzdem ist im türk. Recht zur öffentlichen Beurkundung der Grundbuchführer zuständig. s. über die im türk. Recht dazu entstandene Kontroverse und die heutige Lage die folgenden Ausführ. S. 81 ff
- (3) s. ausführl. über die sachliche und örtliche Zuständigkeit und Verfahren bei der öffentlichen Beurkundung im schweiz. Recht: Die Kommentare zu Art. 657 ZGB insb. Meier-Hayoz, Art. 657, N. 95 ff. sowie Mutzner, ZSR, S. 103a ff. - Sind bei der Errichtung der öffentlichen Urkunde über ein in der Schweiz gelegenes Grundstück die Vorschriften des Errichtungsortes oder diejenigen des Ortes der gelegenen Sache maßgebend? Darüber ist im schweiz. Recht ein Meinungsstreit entstanden. In der Praxis wird darüber von dem Kanton, in dem das Grundstück sich befindet, frei entschieden. s. Meier-Hayoz, Art. 657, N. 100.
In der Doktrin gehen die Ansichten auseinander; für die Vorschriften des Ortes der gelegenen Sache sind: Guhl, MBVR 18, S. 257 ff u. 305 ff; Haab, Art. 657, N. 23 ff; Blumenstein, MBVR 11, S. 241 ff u. 19, S. 209 ff; Oser /Schönenberger, Allg. Einleitung N. 48; Wieland, Art. 657, N. 6.
Die Anwendung der Vorschriften des Errichtungsortes werden befürwortet von Mutzner, ZSR S. 120a ff; Leemann, SJZ 17, S. 321 ff; Beck, Art. 55, N. 24 ff; Huber, S. 100; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 101 ff; - Im türkischen Recht sind die Grundbuchführer befugt, auch solche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden, die über in ihrem örtlichen Kreis nicht gelegenen Grundstücke abgeschlossen werden. Diese Regelung beruht auf den Bestimmungen des Gesetzes, Nr. 710.

c) Die Folgen der Nichtbeachtung der Form (1)

Die Nichtbeachtung der Form bringt das Rechtsgeschäft zur Ungültigkeit. Als deren Folge kann keine Partei von der anderen die Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wenn ein Vertragsteil schon auf Grund des formwidrigen Vertrages eine Leistung an den Gegner erbracht hat, so kann er die Leistung nach Bereicherungsgrundsätzen zurückverlangen. Sie dürfen aber nur in dem einen Falle die Formwidrigkeit des Geschäfts nicht geltend machen, wenn die Berufung auf einen Formfehler angesichts der besonderen Umstände eines Falles als ein Rechtsmißbrauch nach Art. 2 ZGB betrachtet werden kann (2).

Nach der schweiz. Rechtspraxis hat der Richter bei der Prüfung solcher Umstände folgende Punkte besonders in Betracht zu ziehen (3) :

- Die beidseitige freiwillige Erfüllung des Vertrages,
- das Verschulden an der Herbeiführung des Formmangels,
- die Zweckwidrigkeit der Rechtsausübung.

Ein solcher (eigentlicher) Formfehler, d. h. die eigentliche Verletzung der Formvorschrift, kann durch einen Verstoß gegen die Bundes- oder Kantonalrechtlichen Formvorschriften zustandekommen.

Eine Verletzung der bundesrechtlichen Formvorschriften liegt vor, falls gegen die Vorschrift des Art. 657 ZGB die Verträge auf Übertragung von Grundeigentum nicht öffentlich beurkundet worden sind, oder wenn eine öffentliche Beurkundung ein formbedürftiges Vertragselement nicht enthält (4).

Demgegenüber versteht man unter kantonalrechtlichen Formvorschriften alles das, was von den Kantonen betreffend das Beurkundungsverfahren be-

-
- (1) s. über die Folgen der eigentlichen Formfehler im türk. Recht unten § 9, S. 112 unter C) und die eingehenden Ausführungen über die Gründe und Folgen der sog. formlosen Grundstücksveräußerungen im türk. Recht (vor und nach der Übernahme des ZGB) im 4. Kapitel dieser Arbeit, S. 90 ff
- (2) Meier-Hayoz, Art. 657 N. 127 u. 40; Oser/Schönenberger, Art. 216 N. 15. Guhl, OR, S. 104 f; Müller, S. 69 ff. Vgl. Kellerhals, S. 66 ff u. 82 f. s. auch vorne S. 45
- (3) Meier-Hayoz, Art. 657, N. 140 ff. und dort zitierte Rechtsprechung
- (4) Dann ist in analoger Anwendung von Art. 20, Abs. 2 OR noch zu prüfen, ob die Ungültigkeit den ganzen Vertrag oder nur einen Teil davon erfaßte. Meier-Hayoz, Art. 657, N. 128; Leemann, Art. 657 N. 40; Haab, Art. 657 N. 18; Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 66; Becker, Art. 20 N. 15-17; Kellerhals, S. 37 N. 9

stimmt worden ist (Art. 55 SchlT). Die Kantone sind noch befugt, manche von diesen Vorschriften als bloße Ordnungsvorschriften, andere als Gültigkeitsvorschriften darzustellen und sogar nach ihrem Ermessen die Sanktion aufzustellen, ob die Verletzung Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäftes zur Folge haben soll, oder nur Disziplinarmaßnahmen gegenüber der Urkundsperson auslöst (1).

Über die Art der Ungültigkeit beim Vorliegen solcher Formfehler herrscht im schweizerischen Recht keine einheitliche Meinung. Das ZGB läßt diese Frage offen, da der von ihm in Art. 657, Abs. 1 ausgewählte Ausdruck "Unverbindlichkeit" keine Anhaltspunkte dafür gibt, was darunter zu verstehen ist. Während das Bundesgericht mit der herrschenden Lehre die Art dieser Ungültigkeit als "Nichtigkeit" bezeichnet, wird sie von einer zunehmenden Zahl von Juristen als eine "Ungültigkeit sui generis" betrachtet (2).

d) Simulation

Ein Formfehler liegt auch dann vor, wenn die Parteien bezüglich eines objektiv oder subjektiv wesentlichen Punktes ihren wahren und wirklichen Willen in der öffentlichen Urkunde aus Simulationsabsicht nicht zum Ausdruck bringen (Art. 18 OR-schweiz. u. türk.).

Dies geschieht entweder über die Art des Vertrages (z. B. gewollt ist Schenkung, öffentlich beurkundet wird Kauf) oder über den Kaufpreis. Die Preisimulation ist viel häufiger und praktisch bedeutsamer, da die Parteien versuchen, durch falsche Beurkundung des Kaufpreises, weniger Rechtsverkehrssteuern, welche von der Höhe des Kaufpreises abhängig sind, zu zahlen (3).

- (1) Meier-Hayoz, Art. 657, N. 129; Haab, Art. 657, N. 33; Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 13; Mutzner, ZSR, S. 118a
- (2) s. ausführl. über beide Ansichten mit praktischen Unterschieden und Hinweisen auf ihre Anhänger sowie eine Rechtfertigung der letzteren Ansicht: Meier-Hayoz, Art. 657, N. 130-134; Kellerhals, S. 39 ff. u. S. 62 ff
- (3) Eingehende Ausführungen Meier-Hayoz, N. 146-155; Oster/Schönenberger, Art. 216, N. 6 f; Leemann, SJZ 13, S. 273 ff u. 20, S. 269 f; Kellerhals, S. 85 ff; Müller, S. 71 ff. Ehrenzeller, S. 59 ff. - Im türk. Recht sind die preissimulierten Kaufverträge über Grundstücke gemäß Art. 29 d. türk. Grundbuchgesetzes gültig. - s. noch darüber S. 116 N. 1

B) Die Zuständigkeit und das Verfahren bei der öffentlichen Beurkundung im türkischen Recht

I. Allgemeine Darlegung

Art. 657 des schweiz. ZGB, der für die Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken als Form die öffentliche Beurkundung vorschreibt, wurde bei der Übernahme des schweiz. ZGB unverändert in das türk. ZGB aufgenommen (Art. 634) und trat mit den anderen Vorschriften in Kraft.

Jedoch, wie oben erläutert wurde (1), enthält das schweiz. ZGB keine Vorschriften darüber, wie die öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist. Es wurde den Kantonen überlassen, die Bestimmungen festzustellen, wie die öffentliche Beurkundung auf ihren Gebieten geschehen soll (Art. 55 SchlT). Daher wurde in der Schweiz die Form der öffentlichen Beurkundung durch die Kantone auf verschiedene Weise geregelt.

Bei der Übernahme des schweiz. ZGB wurde dieser Umstand von dem türk. Gesetzgeber übersehen. Es wurde nicht versucht, entweder durch Hinzufügung eines erläuternden Satzes dem Art. 634 d. türk. ZGB, oder durch Verweis auf eine andere Vorschrift Klarheit darüber zu schaffen.

Das türk. Gesetz betreffend Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des Zivilgesetzbuches, das eine Übersetzung des ersten Abschnitts des Schlußtitels des schweiz. ZGB bildet, enthält keine Bestimmungen darüber. Ein Ersatzartikel für den 55 SchlT. des schweiz. ZGB wurde nicht formuliert.

Dieser Umstand verursachte eine Auseinandersetzung über die Form der öffentlichen Beurkundung im türkischen Recht. Die Unklarheit und die darüber entstandenen Rechtsstreitigkeiten bezogen sich insbesondere auf die Stelle, die im türkischen Recht für die öffentliche Beurkundung der Verträge auf Grundeigentumsübertragung zuständig ist. Da in der Türkei im allgemeinen für die öffentliche Beurkundung die Notare zuständig sind, ergab sich die Frage, ob sie nicht auch für diesen Fall die gleichen Befugnisse haben sollten. Im Notariatgesetz fehlte aber eine entsprechende Vorschrift, obwohl in diesem Gesetz alle anderen Fälle, für die die Notare zuständig sind, genau aufgezählt waren. Wenn also der Gesetzgeber die notarielle Urkunde gewollt hätte, so hätte er dies deutlich zum Ausdruck bringen müssen. In Art. 634 d. türk. ZGB ist jedoch statt von "notarieller Urkunde" von einer "öffentlichen

(1) s.S. 75 ff

Urkunde" die Rede. Der Gesetzgeber hat also nicht die Notare für zuständig erklären wollen. Es ist vielmehr anzunehmen, daß er die Grundbuchführer gemeint hat. Dementsprechend wurden verschiedene Ansichten geäußert; keine davon führte zu einer endgültigen Lösung. In der Praxis wußte man nicht, auf welche Weise ein gültiger Vertrag über Grundstücke abzuschließen war. Die Entwicklung zur Lösung dieses Problems stellt ein sehr interessantes Beispiel der Schwierigkeiten dar, die die Übernahme eines fremden Rechts mit sich bringt.

II. Die Entwicklung

Diese könnte auf zwei Arten, nämlich einmal anhand der Rechtsprechung, zum anderen anhand der durch Ergänzungsgesetze geschaffenen Lage erläutert werden (1). Jedoch ist eine Darstellung in zeitlicher Reihenfolge noch übersichtlicher und ermöglicht es, der Entwicklung klarer zu folgen.

1.) Vom Inkrafttreten des ZGB (1926) bis 1931

In der türkischen Doktrin bestand zu dieser Zeit keine Einigung darüber, ob die Notare oder die Grundbuchführer zuständig sind (2). 1930 trat die Grundbuchverordnung (TGVo) in Kraft, die im wesentlichen eine wörtliche Übernahme der schweizerischen Grundbuchverordnung von 1910 darstellt. Die türkische GVo besagt in ihrem Art. 19 (3) ausdrücklich, daß die Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken vom Grundbuchführer zu errichten sind. Aber auch diese Vorschrift genügte noch nicht, die Zuständigkeit der Grundbuchämter anzuerkennen (4).

Die Rechtsprechung bringt auch in dieser Zeit keine Lösung, die als endgültig betrachtet werden kann. Die Senate des Kassationsgerichtshofes oder ein Senat in seinen verschiedenen Beschlüssen äußerten sich einmal für die Notare zum anderen Mal für den Grundbuchführer. Daher mußte es zu einem Plenarschluß kommen, der auch im Jahre 1931 gefaßt wurde.

(1) wie bei Elbir, s. S. 4 ff.

(2) Für Grundbuchführer: Halim, S. 1109; Atif, S. 1285; für Notare: Belgesay, S. 776; Hristanos, S. 5 u. 37; s. Postacioğlu, S. 41 ff., N. 21

(3) Art. 19 entspricht Art. 18 d. schweiz. GVo

(4) Postacioğlu (s. 47 unter d) ist der Meinung, daß diese Vorschrift der TGVo nicht angewandt werden konnte, da sie dem Gesetz widersprach. Das Gesetz enthielt allerdings keine deutliche Vorschrift, aber durch Auslegung der neuen und schon vorhandenen (im alten türk. Recht) Vorschriften mußte man annehmen, daß die zuständige Stelle für die öffentliche Beurkundung in Grundstücksangelegenheiten nicht der Grundbuchführer sein konnte. Wenn eine Bestimmung der Verordnung dem Gesetz widerspricht, verliert sie ihre Rechtsanwendbarkeit, gleichgültig, ob es sich um eine bestimmte Vorschrift oder auch nur um eine durch Auslegung des Gesetzes gewonnene Vorschrift handelt.

2.) Der Plenarbeschluß des Kassationsgerichtshofes vom 10.6.1931, Nr. 2/40

Nach diesem Beschluß ist ein Grundstücksveräußerungsvertrag in notarieller Form unwirksam. "Das Gericht weist zur Begründung darauf hin, daß der Ausdruck "öffentliche Urkunde" im Art. 634 türk. (= 657 schweiz) ZGB und im Art. 213 türk. (= 216 schweiz.) OR dem Text der schweizerischen Gesetzbücher entspricht, weil in manchen Kantonen für die Beurkundung dieser Geschäfte die Notare, in anderen Kantonen andere Behörden zuständig sind. Infolgedessen komme es für die Frage, ob eine notarielle Beurkundung für Grundstücksgeschäfte ausreichend sei, darauf an, ob die Notare überhaupt zur Aufnahme derartiger Urkunden befugt seien. Da das Notariatsgesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen über Grundstücksveräußerungsurkunden enthalte, während für die Aufnahme anderer Urkunden ausdrückliche Vorschriften gegeben seien, seien zur Aufnahme von Urkunden über Grundstücksgeschäfte ausschließlich die Grundbuchführer befugt" (1). Als weitere Begründung weist das Gericht auch auf Art. 19 türk. GVo hin, in dem ganz deutlich die Zuständigkeit der Grundbuchführer erwähnt ist.

3.) Die Art. 26 des Grundbuchgesetzes von 1934, Nr. 2644

Mit diesem Artikel des Grundbuchgesetzes, der erst 1934 in Kraft getreten ist, wurde die Angelegenheit im Sinne des obengenannten Beschlusses gesetzlich geregelt. Danach sind die Rechtsgeschäfte, die auf die Übertragung des Grundeigentums und der beschränkten dinglichen Rechte gerichtet sind, durch die Grundbuchführer öffentlich zu beurkunden. Der Artikel enthält noch Einzelheiten über die Form und über das Verfahren der öffentlichen Beurkundung. Damit sollte dieser Rechtsstreit endgültig beseitigt sein.

In der Praxis sah es aber nicht so aus. Weder der Plenarbeschluß von 1931 noch der Art. 26 des Grundbuchgesetzes (GBG) konnten eine endgültige Lösung schaffen. Der Grund dafür ist die ablehnende Haltung der Grundbuchämter, bei einer solchen Beurkundung mitzuwirken (2). Vor der Einführung des Grundbuchgesetzes hielten sie sich angesichts der fehlenden Gesetzesvorschrift für die öffentliche Beurkundung solcher Verträge für unzuständig. Der Plenarbeschluß von 1931 konnte ihre Haltung nicht ändern. Art. 26 des GBG sollte zwar alle Zweifel beseitigen; in der Praxis änderte sich aber die Hal-

(1) E. Hirsch, SJZ 50, S. 343 unter b)

(2) Postacıoğlu, S. 74, N. 45

tung der Grundbuchämter wenig (1). Diese ungewöhnliche Situation ist ein Grund dafür, daß sich der türkische Gesetzgeber und der Kassationsgerichtshof in den ersten Jahren nach der Einführung des neuen ZGB sehr oft und intensiv mit solchen Formsachen beschäftigen mußten.

Nach Einführung des Art. 26 haben die Grundbuchführer zunächst nur dann Grundstücksveräußerungsverträge öffentlich beurkundet, wenn danach sogleich die Eintragung in das Grundbuch erfolgen sollte (2). Der Vertrag mußte entweder den Antrag des Veräußerers zur Eintragung in das Grundbuch enthalten, oder es mußte eine schriftliche Erklärung zur Eintragung in das Grundbuch von dem Veräußerer sofort unterschrieben werden. Es war in der Praxis beinahe unmöglich, einen Kaufvertrag vor dem Grundbuchführer abzuschließen, ohne ihn gleich zur Eintragung in das Grundbuch anzumelden (3). Demzufolge wurden die Rechtsgeschäfte auf Grundstücksübertragung, wenn die Parteien nicht sofort die Eintragung im Grundbuch wünschten, vor den Notaren abgeschlossen, obwohl der Plenarbeschluß die notariellen Urkunden für unwirksam erklärt und Art. 26 des GBG diese Aufgabe ausschließlich dem Grundbuchführer oder Beamten vorbehalten hatte.

Dies führte zu zahlreichen Prozessen (4). Wenn eine der Parteien den vor dem Notar abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag nicht erfüllen wollte, hat sie sich auf Art. 26 des GBG berufen und die Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrages behauptet. Das Gericht mußte dem zustimmen, obwohl die andere Seite praktisch gar keine Wahl hatte (5). Falls die Parteien wünschten, den vor dem Notar abgeschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, dann nahmen die Grundbuchführer von diesem Vertrag keine Notiz. Vor dem Grundbuchführer mußte ein neuer Kaufvertrag abgeschlossen und entweder in den Vertrag der Antrag zur Eintragung eingeschrieben oder gleich eine Anmeldung vorgenommen werden, wonach die Eintragung in das Grundbuch durch den Grundbuchführer erfolgen konnte.

Die Gründe eines solchen Widerstandes und Verhaltens seitens der Grundbuchämter und die ihnen Anlaß gebenden und die Lösung dieses Falls erschwerenden Umstände kann man in drei Punkten zusammenfassen :

-
- (1) Postacıoğlu, S. VIII, N. I; S. 74, N. 45
 - (2) ders., S. 74, N. 45
 - (3) ders., S. 74, N. 45
 - (4) ders., S. VIII, N. II
 - (5) ders., S. VIII, N. II; S. 74, N. 45

a) Die feste Bindung an das alte türkische Recht

Im alten türkischen Recht war nur die Form der Eintragung gesetzlich geregelt (1). Es blieb offen, wie der Abschluß der Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken erfolgen sollte (2). Man wurde sich darüber auch nicht einig (3). Daher hielten die Grundbuchführer sich nur für die Eintragung in das Grundbuch zuständig. Dies ist ein Grund, warum sie die Vorschriften des ZGB und Art. 26 des GBG sehr zögernd befolgten und am Ende so ausgelegt haben, daß ein solches Rechtsgeschäft von ihnen nur dann öffentlich beurkundet wird, wenn die Eintragung in das Grundbuch gleichzeitig erfolgt. Eine bloße öffentliche Beurkundung des obligatorischen Rechtsgeschäfts war immerhin unter dem Einfluß der alten Rechtspraxis für sie sehr ungewöhnlich.

b) Die Verwechslung der obligatorischen und dinglichen Seiten des Eigentumserwerbs an Grundstücken

Das System des neuen ZGB, das die Gültigkeit jeder Eintragung im Grundbuch mit einem gültigen Rechtsgrund verbindet, war in den ersten Jahren für die Türkei sehr fremd. Diese zwei Seiten des Grundeigentumserwerbs wurden oft verwechselt, und zwar auch in manchen Beschlüssen des Kassationsgerichtshofes der ersten Zeit.

c) Der Mangel in der Gesetzestechnik

"Das bis zum Inkrafttreten des ZGB in der Türkei geltende Recht war islamisches Recht, das z. T. formuliert und kodifiziert, zum größeren Teil aber gewohnheitsrechtlich überkommen war" (4). Der Mangel in der Technik der Formulierung und Kodifizierung von Gesetzen zeigte sich auch in diesem Fall (5). Im Jahre 1934 wurde das Grundbuchgesetz erlassen. Durch den Art. 26 dieses Gesetzes wurde die Errichtung der öffentlichen Urkunden in Grundstückssachen auf den Grundbuchführer übertragen. Es wurden aber nicht gleich-

(1) Jedoch erst viel später, s. unten S. 103 ff

(2) Postacioğlu, S. 37, N. 17; S. 242, N. 173

(3) ders., S. 38, N. 17

(4) E. Hirsch, SJZ 50, S. 338

(5) Postacioğlu, S. VII, N. I

zeitig die notwendigen Verordnungen erlassen, die den Grundbuchämtern organisatorisch die neuen Aufgaben erleichtert hätten (1). Der bloße Artikel, nämlich Art. 26 des GBG, konnte den Widerstand der Grundbuchämter nicht brechen.

4.) Der Plenarbeschluß des Kassationsgerichtshofes vom 19.10.1938, Nr. 937/15

Da die nicht von dem Grundbuchverwalter öffentlich beurkundeten Kaufverträge formungültig waren, erhob sich die Frage, ob sie als Kaufvorverträge angesehen werden konnten, und ob diese Vorverträge vor dem Grundbuchamt abgeschlossen werden mußten oder auch vor den Notaren abgeschlossen werden konnten.

Das Gericht stellte in dem obengenannten Beschluß fest, daß die Grundstückskaufvorverträge auch vom Grundbuchführer öffentlich beurkundet werden müssen. Dadurch wurde die bis zu diesem Zeitpunkt darüber vorhandene Unklarheit beseitigt. Denn man hielt (auch in verschiedenen Beschlüssen der Senate des Kassationsgerichtshofes) (2) überwiegend doch noch die Notare zur öffentlichen Beurkundung solcher Vorverträge für zuständig.

Dieser Beschluß löste bei den Grundbuchämtern und auch beim Publikum Unzufriedenheit aus (3). Er hat auch in der Praxis wenig geändert. Doch wurden die Vorverträge (allerdings in sehr geringer Zahl) von den Grundbuchführern öffentlich beurkundet. Dies entspricht aber nicht den gewohnten Aufgaben der Grundbuchämter und auch nicht den Gewohnheiten des Publikums, das zu diesem Zweck zum Notar zu gehen pflegte. Demzufolge machte man auch nach diesem Beschluß selten den Weg zum Grundbuchamt.

(1) Postacıoğlu, S. VIII, N. II

(2) Beschluß d. 4. Zivilsenate vom 2. 2. 1931, Nr. E. 490, K. 289; Beschluß d. vereinigten Zivilsenate vom 15. 1. 1936, E. 4 - 39/4, K. 3; Beschluß d. Betreibungs- und Konkursenate vom 3. 12. 1936, E. 5636, K. 5966, zitiert im Kocayusufoşaoğlu, S. 116, N. 4

(3) Postacıoğlu, S. 242f., N. 173

5.) Notariatsgesetzänderung durch das Gesetz vom 14.1.1942, Nr.4166

Im Jahre 1942 wurde der Gesetzgeber durch die oben geschilderten praktischen Gegebenheiten zur Änderung des Art.44 des Notariatgesetzes gezwungen. Es wurde die notarielle Urkunde als Form für die Kaufverträge über Grundstücke für ausreichend erklärt (1). Von der Öffentlichkeit und auch von den Juristen wurde diese Änderung mit großer Genugtuung aufgenommen und als notwendig und richtig bezeichnet (2).

III. Die heutige Lage

Nach diesem Überblick auf die Entwicklung können die Formen der Grundstückskaufverträge in der heutigen türkischen Praxis wie folgt dargelegt werden (3).

a) Wenn die Parteien wünschen, den Grundstückskaufvertrag durch die Eintragung in das Grundbuch gleich zu erfüllen, wird er von dem Grundbuchführer gemäß Art. 26 des GBG öffentlich beurkundet, und anschließend wird der Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

b) Wenn die Parteien demgegenüber die Eintragung in das Grundbuch hinausschieben wollen oder wegen des Fehlens der erforderlichen Unterlagen das Geschäft nicht gleich zur Eintragung anmelden können, schließen sie vor dem Notar einen Vorvertrag ab. Wenn die Eintragung vorgenommen werden soll, müssen sie vor dem Grundbuchführer einen Kaufvertrag abschließen, da die Eintragung in das Grundbuch nur aufgrund des durch den Grundbuchführer öffentlich beurkundeten Kaufvertrages erfolgen kann. Daher werden in sol-

-
- (1) Seitdem bestätigt der Kassationsgerichtshof in mehreren Beschlüssen diese neuere Ordnung; z.B. Beschluß d.4. Zivilsenate vom 2.12.1943, E. 3501/K. 3381; v. 19.11.1945, Nr. 2771 u. v. 3.3.1945, E. 821; Beschluß d. Betreibungs- und Konkursenate vom 28.5.1946, Nr. E. 1905, K. 2393; Beschluß d.1. Zivilsenate v. 22.3.1955, Nr. 1243/1666; zitiert in Kocayusufpaşaoğlu, S. 117, N. 6
- (2) Postacioğlu, S. 243, N. 174
- (3) Postacioğlu, S. 244, N. 175; Velidedeoğlu/Esmer, S. 632 u. 37 f.

chen Fällen für die Eintragung in das Grundbuch im türkischen Recht praktisch zwei Geschäfte vorgenommen.

In diesem Zusammenhang sind noch folgende wichtige Punkte zu erwähnen :

Da die Vorverträge in der türkischen Praxis von besonderer Wichtigkeit sind, hat es dazu geführt, daß nach der Rechtsprechung (1) die Grundstückskaufverträge, die nach dem Gesetz durch den Grundbuchführer öffentlich beurkundet werden mußten, jedoch gesetzeswidrig vor dem Notar abgeschlossen wurden, als Vorverträge betrachtet wurden. Daher sind sie gültig, auch ohne Rücksicht darauf, daß in solchen Verträgen nicht von einem Kaufversprechen, sondern durch deutlich von einem Kauf die Rede ist.

Übrigens kann nach der Rechtsprechung im türk. Recht aufgrund eines formrichtig abgeschlossenen Kaufvorvertrages (2) die Erfüllung, d. h. der Abschluß des Kaufvertrages auf dem Klagewege verlangt werden (3). Damit werden manche Lehrmeinungen, die hier nur einen Anspruch auf Schaden-

-
- (1) Die Beschlüsse des 3. Zivilsenats vom 31. 8. 1943 (zitiert Postacioğlu, S. 244); der vereinigten Zivilsenate vom 12. 2. 1953, Nr. 1/115-1955/7 (zitiert Tekinay, S. 138) und der vereinigten Zivilsenate v. 24. 11. 1954, Nr. E. 1/148, K. 127 (zitiert Kocayusufpaşaoğlu, S. 124 f.
- (2) Nach der Rechtsprechung sind bei der Errichtung eines notariellen Kaufvorvertrages noch folgende Punkte zu beachten :
- a) Er muß von dem Notar im ganzen angefertigt werden. Eine bloße Bescheinigung der Unterschriften durch den Notar ist ungenügend (die Beschlüsse d. 5. Zivilsenats v. 30. 11. 1950, Nr. E. 4742/K. 4220, 3. Zivilsenat v. 30. 4. 1951, Nr. E. 7447/K 4906)
 - b) Der Grundstückskaufvorvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag, daher muß er die Unterschriften der beiden Vertragsteile enthalten. (Der Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 31. 10. 1951, Nr. 155; (zitiert bei Akgün, 53/5, S. 447), und vom 24. 1. 1951, Nr. 1/90, 20 und 11. 3. 1953, Nr. 5/54, 51; Beschluß des 7. Zivilsenats v. 9. 1. 1954, Nr. 2393/112 (zitiert Velidedeoğlu/Esmer, S. 452).
- (3) Beschlüsse des Kassationsgerichtshofes :
- 4. Zivilsenat v. 19. 11. 1945, Nr. 2711
 - 1. Zivilsenat v. 26. 4. 1954, Nr. E. 7256/K. 3709
 - 1. Zivilsenat v. 9. 3. 1954, Nr. E. 9369/K. 2193
 - 1. Zivilsenat v. 14. 6. 1955, Nr. E. 3218/K. 3381
 - 7. Zivilsenat v. 10. 2. 1955, Nr. E. 6579/K. 1486
 - 1. Zivilsenat v. 2. 6. 1956, Nr. E. 956-4281/K. 3383
- zitiert Kocayusufpaşaoğlu, S. 171 f u. N. 77

ersatz anerkennen, abgelehnt (1). Mit dem positiven Urteil des Gerichtes ist der Kaufvertrag als abgeschlossen anzusehen (2). Falls der Kläger, d. h. Käufer den Kaufpreis schon bezahlt hat (3) und im Vorvertrag keine Einigung über Reurecht oder eine Vertragsstrafe im Falle der Nichterfüllung erhalten ist (4), kann das Gericht auch das Eigentum des Grundstücks dem Käufer zusprechen (Art. 642, Abs. 1 ZGB) (5). Dann kann der Käufer gemäß Abs. 2 des gleichen Artikels die Eintragung von sich aus erwirken.

Äußerdem kann im türkischen Recht seit 1954 (6) ein Vorvertrag auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrages - auf Verlangen einer der Parteien - im Grundbuch vorgemerkt werden (7).

-
- (1) s. über die Anhänger dieser Meinung im türk. Recht, Kocayusufpaşaoğlu, S. 153 f. (N. 27-31).
 - (2) Kocayusufpaşaoğlu, S. 170; Velidedeoğlu/Esmer, S. 453. - s. über die andere Meinung und deren Anhänger, Kocayusufpaşaoğlu, S. 161 f. u. N. 52
 - (3) Die folgenden Beschlüsse des Kassationsgerichtshofes :
 1. Zivilsenat v. 5. 11. 1943, Nr. 4211/3547 (zitiert Akgün/Ad. D. 1953/5, S. 452),
 1. Zivilsenat v. 9. 3. 1954, Nr. E. 9369, K. 2193 (zitiert Kocayusufpaşaoğlu, S. 174, N. 88).
 - (4) Die Beschlüsse des
 5. Zivilsenats v. 24. 11. 1949, Nr. 1375/2867 (zitiert Akgün, 53/5, S. 452) und der vereinigten Zivilsenate v. 21. 6. 1950, Nr. E. 3-7/K 4)
 1. Zivilsenat v. 31. 5. 1955, Nr. E. 3602, K. 6018
 4. Zivilsenat v. 21. 9. 1956, Nr. E. 5560, K. 4819 (zitiert Kocayusufpaşaoğlu, S. 175, N. 92, 93)
 - (5) Kocayusufpaşaoğlu, S. 170 ff; Akgün, Ad. D. 53/5, S. 451 ff.
 --- Art. 642 entspricht Art. 665 d. schweiz. ZGB
 - (6) Änderungsgesetz v. 1954, Nr. 6217
 - (7) Vgl. Art. 919 (= 959 schweiz.) ZGB; s. dazu Ausfüh. Kocayusufpaşaoğlu S. 183 ff; Velidedeoğlu/Esmer, S. 452 ff.

A) Die Form des Verpfändungsvertrages

I. Im schweizerischen Recht

Der Art. 522 OR (1) über die Form des Verpfändungsvertrages verweist auf die Form des Erbvertrages und dieser wieder auf die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung - Art. 512, 499 ZGB (2) -, daß heißt Errichtung des Vertrages unter Mitwirkung von zwei Zeugen vor dem Beamten, Notar oder einer anderen Urkundsperson, die nach kantonalem Recht mit diesen Geschäften betraut sind.

In der Schweiz sind die dafür zuständigen Stellen in den kantonalen Einführungsgesetzen festgesetzt. Häufig werden die Notare (Berufs- und Amtsnotariat) mit der Beurkundung betraut. In anderen Kantonen sind dafür Gemeinde-, Bezirks-, Landschreiber oder Gerichtsschreiber bestimmt worden (3).

II. Im türkischen Recht (4)

Der Text des Art. 479 d. türk. ZGB über die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung (5) lautet anders als der Text des schweiz. ZGB. Nach dem türk. Text wird die öffentliche Verfügung errichtet unter Mitwirkung von zwei Zeugen vor dem Friedensrichter, Notar oder einer anderen Urkundsperson, die nach dem Gesetz mit diesen Geschäften betraut ist (6).

-
- (1) Art. 522 entspricht Art. 512 d. türk. OR
 - (2) Art. 512, 499 entsprechen Art. 492, 479 d. türk. ZGB.
 - (3) s. über die Zuständigkeit in den kantonalen Einführungsgesetzen Escher, Art. 499 N. 6
 - (4) s. darüber Velidedeoğlu/Esmer, S. 241 ff; Tarhan, Tunçomağ, S. 168 f; Akalın, S. 262 ff.
 - (5) Gemäß Art. 512 d. türk. OR u. 492 d. türk. ZGB muß der Verpfändungsvertrag in dieser Form abgeschlossen werden.
 - (6) s. auch Hirsch, SJZ 50, S. 343

Im türk. Recht mußten anfangs die Fragen beantwortet werden, ob die Notare und Friedensrichter zur Errichtung der Verpfändungsverträge noch zuständig sind, wenn Gegenstand des Vertrages ein Grundstück ist, ob im letzteren Fall nur der Grundbuchführer zuständig ist oder ob er dafür nicht in Frage kommt, weil im Gesetz deutlich nur die Friedensrichter oder die Notare genannt sind.

Der türkische Kassationsgerichtshof mußte sich in einem Plenarbeschluß vom 1.12.1952, Nr.4/5 mit dieser Frage auseinandersetzen.

Der Kassationsgerichtshof ist der Meinung :

- a) Das Gesetz schreibt als Form für den Verpfändungsvertrag nicht nur die "öffentliche Form" vor, sondern nennt sogar die dafür zuständigen Stellen. Infolgedessen ist die Zuständigkeit des Friedensrichters und der Notare nicht zu bezweifeln.
- b) Die Befugnisse des Friedensrichters und der Notare konnten nur durch eine andere Gesetzesvorschrift aufgehoben werden. Dies ist jedoch nicht der Fall. Art. 26 d. GBG, der hinsichtlich der Form auf Grundeigentumsübertragung gerichteter Rechtsgeschäfte die allgemeine Regel ausspricht, enthält darüber keine Bestimmung.
- c) Auf der anderen Seite sind gemäß Art. 26 des GBG alle auf die Übertragung des Grundeigentums gerichteten Rechtsgeschäfte von dem Grundbuchführer öffentlich zu beurkunden. Es besteht kein Zweifel darüber, daß es sich beim Verpfändungsvertrag - aufgrund dessen der Pfründer dem Pfrundgeber das Eigentum des Grundstücks überträgt - auch um einen solchen Vertrag handelt. Daher muß der Grundbuchführer für die im Gesetzestext im letzten Satz genannte Urkundsperson, "die nach dem Gesetz mit diesen Geschäften betraut sind", gehalten werden. Demzufolge sind im türkischen Recht neben den Friedensrichtern und den Notaren auch die Grundbuchführer zur Errichtung solcher öffentlicher Urkunden berechtigt.

Dabei haben die Grundbuchführer diese Aufgabe in der in den Art. 479 - 484 ZGB (1) vorgeschriebenen Form zu erfüllen (2). Anfangs wurde jedoch bei den Grundbuchämtern eine andere Praxis ausgeübt, die zu vielen Prozessen und zu Rechtsunsicherheit geführt hat. Nach der Praxis der Grundbuchämter wurden die Verpfändungsverträge zu den von ihnen öffentlich beurkundeten Grundstückskaufverträgen hinzugefügt. Dabei wurde die in den Art. 479-484 ZGB vorgeschriebene Form nicht eingehalten. Die Erben des Pfründers konn-

(1) Art. 479 - 484 entsprechen Art. 499 - 504 d. schweiz. ZGB

(2) Velidedeoğlu/Esmer, S. 243; Tarharn, S. 12 ff.

ten daher durch Prozesse die Aufhebung des auf den Pfrundgeber lautenden Grundbucheintrages erreichen, da der Verpfändungsvertrag wegen Nichteinhaltung der Form nichtig war (1).

In letzter Zeit wird jedoch in der türk. Rechtsprechung die Geltendmachung des Formmangels im Falle der Erfüllung des Vertrages abgelehnt. Der Kassationsgerichtshof sieht hier einen Mißbrauch des Rechts gemäß Art. 2, Abs. 2 ZGB (2).

B) Die Form des Erbteilungsvertrages

I. Im schweizerischen Recht

Nach Art. 634, Abs. 2 ZGB (3) bedarf der Erbteilungsvertrag zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. Hier lautet die Frage, ob ein solcher Vertrag auch in einfacher schriftlicher Form gültig abgeschlossen werden kann, wenn ein Grundstück Gegenstand der Teilung ist. Wird in diesem Fall der Art. 657 ZGB angewandt, wonach ein öffentlich beurkundeter Teilungsvertrag erforderlich wäre ?

- (1) Velidedeoğlu/Esmer, S. 239, N. 79; s. noch ebda S. 240 f. zit. Beschluß d. 1. Zivilsenats v. 26. 3. 1949, Nr. 792/1895.
- (2) In einem Beschluß der vereinigten Zivilsenate d. türk. Kassationsgerichtshofes v. 11. 3. 1953, Nr. 2/9 (zit. in Akalın, S. 264, N. 106) wurde die Nichtigkeit des Verpfändungsvertrages wegen der Nichteinhaltung der Form abgelehnt. In dem betr. Fall war der Kläger (der Erbe des Pfründers) mit der Verpfändung von Anfang an einverstanden und es waren alle Pflichten von dem Pfrundgeber erfüllt. Als der Pfründer tot war, betrieb der Erbe des Pfründers die Aufhebung des Vertrages wegen des Formmangels. - Im gleichen Sinne ergingen die folgenden Beschlüsse der verschiedenen Senate des türk. Kassationsgerichtshofes :
2. Zivilsenat v. 23. 11. 1954, Nr. E. 5433, K. 5484
2. Zivilsenat v. 14. 3. 1955, Nr. E. 990, K. 1387
vereinigte Zivilsenate vom 18. 12. 1957, Nr. E. 2/67, K. 65 (zit. in Akalın, S. 247 ff).
- (3) Art. 634 entspricht Art. 611 d. türk. ZGB

Am Anfang hielt man im schweiz. Recht zur Verbindlichkeit eines Erbteilungsvertrages, bei der ein Grundstück Gegenstand der Teilung ist, die öffentliche Beurkundung für erforderlich (1). Später erklärte aber das Bundesgericht (2), daß für den Teilungsvertrag auch in diesem Fall die einfache Schriftform genüge.

Man mußte sich außerdem im schweiz. Recht mit der weiteren Frage, ob die Liegenschaften Gegenstand einer Realteilung (Teilung von Hand zu Hand) sein können, auseinandersetzen. Nach längerer Kontroverse wurde in der Schweiz durch den Bundesrat festgestellt, daß auch Liegenschaften auf dem Wege der Realteilung von der Erbengemeinschaft in das individuelle Eigentum eines Miterben übergehen können (3).

II. Im türkischen Recht

Ursprünglich herrschte auch in der türkischen Rechtsprechung die Ansicht, daß Erbteilungsverträge über Grundstücke öffentlich beurkundet werden müßten (4). Später wurde in einem Plenarbeschluß des Kassationsgerichtshofes vom 10.12.1952, Nr. 2/4 festgestellt, daß die Erbteilungsverträge, die sich auf Nachlaßgrundstücke beziehen, in einfacher Schriftform abgeschlossen werden können (5). Das Gericht beruft sich zur Begründung auf folgende Argumente :

- a) Der Art. 611 ZGB (6) über die Form der Erbteilung weist angesichts der zu teilenden Gegenstände keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen auf. Also können auch Nachlaßgrund-

(1) Escher, Art. 634, N. 12; Haab, Art. 652/54, N. 42; Homberger, Art. 965, N. 23; Luck, S. 155

(2) BGE 47 II 251 ff; 60 I 145 ff; 63 I 33 (zit. Homberger, Art. 965 N. 23)

(3) Escher, Art. 634, N. 1

(4) Die Beschlüsse des 3. Zivilsenats vom 20. 2. 1934, d. 2. Zivilsenats vom 5. 11. 1935 und d. 4. Zivilsenats vom 28. 5. 1940 (zitiert in Postacioğlu, S. 137 f, N. 94; s. die eingehende Kritik dazu ebda, S. 138 ff.).

(5) s. darüber auch Hirsch, SJZ 50, S. 343

(6) Art. 611 entspricht Art. 634 d. schweiz. ZGB

stücke durch einen schriftlichen Teilungsvertrag geteilt werden. Wenn man trotz dieser Klarheit des Gesetzestextes solche Verträge gemäß Art. 634 ZGB (1) unter den Zwang der öffentlichen Beurkundung stellen würde, wäre die Sondervorschrift des Gesetzes über Erbteilungsverträge, namentlich die Vorschrift des Art. 611, unbeachtet geblieben.

- b) Andererseits bezieht sich der Zwang der öffentlichen Beurkundung gemäß Art. 634 nur auf die auf Grundeigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte. Beim Erbteilungsvertrag jedoch handelt es sich um die Teilung der schon mit dem Tode des Erblassers erworbenen Grundstücke. Also geschieht hier keine Eigentumsübertragung, sondern nur die Teilung schon erworbener Erbteile.

Zur Frage, ob die Liegenschaften Gegenstand einer Realteilung sein können, vertritt man heute im türkischen Recht - im Gegensatz zum schweizerischen Rechts - die Ansicht, daß Liegenschaften nur Gegenstand der Erbteilungsverträge sein können. Demgegenüber hat die Teilung der anderen Erbschaftsgegenstände, darunter auch die im Grundbuch noch nicht aufgenommenen in Privateigentum stehenden Grundstücke (2), durch die Aufstellung und Entgegennahme der Lose in sog. Realteilung zu erfolgen.

(1) Art. 634 entspricht Art. 657 d. schweiz. ZGB

(2) s. darüber Özkunt, S. 487 ff; sowie den Beschluß des 6. Zivilsenats vom 9.1.1961, E. 7392, H. 175 (zitiert in Akalın, S. 146 f. N. 366)

§ 7 Die Form des Auftrags oder der Vollmacht (1) zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages im türkischen Recht

Nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertretung (Art. 32 - 40 OR) ist die Erteilung der Vollmacht formlos gültig. Sie bedarf weder der einfachen Schriftform noch der öffentlichen Beurkundung. Hier erhebt sich die Frage, ob der Auftrag und die Vollmacht auch noch formlos gültig ist, wenn das vom Vertreter vorzunehmende Rechtsgeschäft an bestimmte Formen geknüpft ist, wie der Grundstückskauf, der nach Art. 213 OR und Art. 634 ZGB (2) der öffentlichen Beurkundung bedarf.

Darüber wird man in der Doktrin und Rechtsprechung nicht einig. Im folgenden wird versucht, nach dem schweiz. und türk. Recht die verschiedenen Auffassungen darzulegen und die heute im türkischen Recht herrschende Praxis darzustellen.

A) Im schweizerischen Recht

I. Doktrin : Nach der in der schweizerischen Doktrin herrschenden Meinung (3) bedarf der Auftrag oder die Vollmacht keiner besonderen Form, und zwar auch dann nicht, wenn das abzuschließende Rechtsgeschäft einer Form unterliegt.

II. Rechtsprechung : Der schweizerische Bundesgerichtshof vertritt in verschiedenen Urteilen (4) die gleiche Ansicht, wonach der Auftrag oder die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages auch formlos gültig ist.

-
- (1) Auftrag und Vollmacht werden, obwohl sie nach ihrer juristischen Natur ganz verschieden sind, hinsichtlich der Form des Auftrags und der Vollmacht zum Grundstückskauf, gleich behandelt. -s. so bei Oser/Schönenberger, Art. 216, N. 11; Becker, Art. 216 N. 6; Meier-Hayoz, Art. 657, N. 52; Bürgisser, S. 13; Haab, Art. 657, N. 5
- (2) Art. 213 OR und 634 ZGB entsprechen Art. 216 und 657 d. schweiz. OR und ZGB.
- (3) v. Tuhr, (OR) § 42 I, S. 289; Oser/Schönenberger, Art. 11 N. 14; Art. 32 N. 25; Art. 216 N. 11; Becker, Art. 32 N. 5; Art. 216 N. 6; Leemann, Art. 657 N. 19; Wieland, Art. 657 N. 4c; Haab, Art. 657 N. 5; Homberger, Art. 965 N. 48; Guhl, (OR) § 19 I, S. 129; Bürgisser, S. 13; Meier-Hayoz, Art. 657 N. 52; a. M. Rossel, Kratzer (zit. in Kocayusufpaşaoğlu, S. 105 u. N. 55 und 56; Postacıoğlu, S. 96, N. 63)
- (4) BGE 57 II 504 ff; 65 II 163 f; 81 II 231 f; 84 II 157; 86 II 33ff. (zit. in Meier-Hayoz, Art. 657 N. 52).

B) Im türkischen Recht

I. Doktrin : In der türkischen Doktrin (1) vertritt man überwiegend die gleiche Meinung, welche auch in der schweiz. Doktrin und Rechtsprechung herrscht. Also kann der Auftrag und die Vollmacht auch zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages formlos abgegeben werden.

Diese Meinung wird im Anschluß an die Überlegungen der schweiz. Juristen folgendermaßen begründet (2) :

- a) Das ZGB enthält keine Bestimmung, wonach der Auftrag oder die Vollmacht einer bestimmten Form bedarf. Es muß daher gemäß Art. 11, Abs. 1 OR die Formlosigkeit solcher Rechtsgeschäfte angenommen werden (3).
- b) Weder Vertretener noch Vertreter bedürfen des Schutzes der öffentlichen Beurkundung, da der Vertreter nicht für sich selbst, sondern für den Vollmachtgeber handelt. Die Rechtsfolgen seiner Handlung sind für den Vertretenen bestimmt. Andererseits hat der Vollmachtgeber immer die Möglichkeit, die von ihm erteilte Vollmacht zurückzuziehen (Art. 396, Abs. 1 OR) (4).
- c) Den Inhalt der Verpflichtung des Vertreters bildet nicht das Geschäft selbst, sondern die Besorgung desselben, also eine Tätigkeit. Er hat für den Vollmachtgeber, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß zu besorgen (Art. 386, Abs. 1 OR) (5).

-
- (1) Velidedeoğlu/Esmer, S. 53 ff; Postacioğlu, S. 97 ff; ebda. M. H. A. D. S. 109 ff; Kocayusufpaşaoğlu, S. 106; Oğuzman, M. H. A. D., S. 118 f; a. M. Arsebük, S. 470 u. N. 26 (zit. in Kocayusufpaşaoğlu, S. 105 u. N. 57; Postacioğlu, S. 97 N. 1); Belgesay (zit. in Velidedeoğlu/Esmer, S. 54 f u. N. 10).
 - (2) Vgl. Kocayusufpaşaoğlu, S. 106 f; Postacioğlu, S. 97 N. 64
 - (3) Nach v. Tuhr (OR, § 42 I, S. 289 N. 11) : Die Formlosigkeit der Vollmacht zur Veräußerung von Grundstücken ergibt sich aus Art. 459, Abs. 2 (= 450, Abs. 2 d. türk.) OR. Die gleiche Ansicht Becker, Art. 216 N. 6; Kocayusufpaşaoğlu, S. 106; Postacioğlu, S. 97 N. 1
 - (4) Art. 396 entspricht Art. 404 d. schweiz. OR. - Nach Postacioğlu (Diss. S. 98) wird beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrages durch Vertreter sogar eine doppelte Wachsamkeit aufgewendet. Neben dem Vertretenen widmet der Vertreter selbst dem Geschäft seine besondere Aufmerksamkeit, da er sich sonst wegen Verstoßes gegen seine gesetzliche Pflicht zu verantworten hätte.
 - (5) Göschke, S. 241; - Art. 386 entspricht Art. 394 d. schweiz. OR.

II. Rechtsprechung : Der türk. Kassationsgerichtshof vertritt die Meinung (1), das der Auftrag oder die Vollmacht zum Grundstückskaufvertrag in öffentlicher Form erteilt werden muß.

Sie wird folgendermaßen begründet :

- a) Auftrag oder Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages bilden ein wesentliches Element dieses Rechtsgeschäftes.
- b) Beim Grundstückskauf ist es erforderlich, daß der Eigentümer seinen Verkaufswillen in einer öffentlichen Form äußert. Daher ist anzunehmen, daß auch der Vertreter des Eigentümers seinen Willen in gleicher Form erklären muß.
- c) Sonst könnte der Zweck des Formzwanges nicht erfüllt werden. Die Parteien hätten die Möglichkeit, ein unter Formzwang stehendes Rechtsgeschäft durch die Ermächtigung eines Vertreters formlos abzuschließen.

III. Die türkische Rechtspraxis

In der türk. Praxis wird meistens Auftrag oder Vollmacht den Grundstückskaufverträgen, die vor dem Notar abgeschlossen werden müssen, hinzugefügt. Sie erhalten den Satz "Ich (Verkäufer) ermächtige C zum Abschluß des Kaufvertrages". Dabei wird als Vertreter eine von dem Käufer vorgeschlagene Person, meistens dessen Ehefrau oder Sohn, festgesetzt, um einigermaßen sicherzugehen. Es könnte eine solche Vollmacht auch dem Erwerber, d. h. dem Käufer, selbst erteilt werden. Dann könnte er den Kaufvertrag mit sich selbst abschließen. Obwohl in der türk. Doktrin (2) diese Möglichkeit akzeptiert wird, geht die türk. Praxis diesen Weg nicht. Im schweiz. Recht ist nach einer Entscheidung des Bundesgerichts (39 II, 566) das Selbstkontrahieren zulässig, aber nur dann, wenn es dem Vertreter in der Vollmacht ausdrücklich gestattet ist oder wenn keine Gefahren der Übervorteilung des Vertretenen bestehen (3).

Da im türkischen Recht die Grundstückskaufverträge von dem Grundbuchführer öffentlich beurkundet werden müssen, kommt das Rechtsgeschäft bei der Er-

(1) Der Beschluß d. 1. Zivilsenats v. 21. 1. 1950, Nr. E 1949-5706, K. 341 und der vereinigten Zivilsenate v. 4. 6. 1952, Nr. E. 1-163, K. 99

(2) Kocayusufpaşaoğlu, S. 104

(3) v. Tuhr, (OR), § 42 V, S. 294 f.

füllung des Kaufvorvertrages, d. h. zum Abschluß des Kaufvertrages, vor das Grundbuchamt, wo, in unserem Fall der Verkäufer, von C vertreten wird. Obwohl die Ermächtigung theoretisch nur auf den Abschluß des Kaufvertrages beschränkt werden kann, wird nach der Praxis der Grundbuchämter (den Kaufvertrag nur dann öffentlich zu beurkunden, wenn gleichzeitig das Geschäft zur Eintragung angemeldet wird) (1), mit dem Abschluß des Kaufvertrages auch die Anmeldung vorgenommen (2).

(1) s. d. vorherige Ausführung, S. 87

(2) In einem Rundschreiben der Grundbuch- und Kataster-Generaldirektion v. 1929 Nr. 467 wurde deutlich erklärt, daß - wenn in der Vollmachtenurkunde nicht ausdrücklich anderes bestimmt worden ist - bei der Ermächtigung zum Abschluß des Grundstückskaufvertrages auch die Ermächtigung zur Anmeldung angenommen werden muß. Denn eine Eintragung im Grundbuch ohne Rechtsgrund (hier Grundstückskauf) ist nicht denkbar.

s. die Kritik dazu Velidedeoğlu/Esmer, S. 42 f. u. dabei entstandene Kontroverse, derselbe S. 43 f; Saymen/Elbir, S. 183.

Viertes Kapitel

Die Schwierigkeiten im türkischen Recht durch formlose Veräußerungen der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke

- § 8 Die Bemühungen zur Bereinigung der vor der Einführung des Zivilgesetzbuches durch die formlosen Grundstücksveräußerungen entstandenen Rechtslage

A) Allgemeine Darlegung

Obwohl schon vor der Einführung des ZGB in der Türkei zur Übertragung des Grundeigentums die Eintragung in das Grundbuch erforderlich war (1), wurde dies in der Praxis sehr oft nicht eingehalten (2). Dadurch entstand eine Situation wie die, daß die vorhandenen Grundbucheintragungen nicht mehr mit der richtigen Rechtslage übereinstimmten. Der türkische Gesetzgeber war daher gezwungen, neben den Bemühungen zur Aufnahme der in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke, noch vor der Einführung des ZGB die durch solche Grundstücksveräußerungen entstandene Rechtslage zu bereinigen, und zwar durch ein Schnellverfahren. Dadurch sollte - wie in einem Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes ausgedrückt ist - auf der einen Seite die richtige Anwendung der Vorschriften des ZGB über Grundstücke ermöglicht und auf der anderen Seite die Zuverlässigkeit und das Ansehen der Grundbucheintragungen wiederhergestellt werden.

Die Tatsache, daß die größere Zahl der vorhandenen Grundbucheintragungen nicht mit der richtigen Rechtslage übereinstimmte, ist eine Folge solcher Grundstücksveräußerungsverträge, die formwidrig oder formlos abgeschlossen und bei denen die Rechtsänderungen nicht im Grundbuch eingetragen worden waren. In der Praxis erfolgte der Kauf eines Grundstückes wie bei beweglichen Sachen; nach einer einfachen schriftlichen oder sogar mündlichen Vereinbarung über den Kauf eines Grundstückes bezahlte der Käufer den vereinbarten Kaufpreis, wonach der Verkäufer seinerseits den Besitz des Grundstückes dem Käufer übergab. Das Grundstück blieb weiterhin im Grundbuch auf den

(1) s. dazu S. 103 ff

(2) s. die Ausführungen über die Gründe solcher formlosen Grundstücksveräußerungen S. 100 ff

Namen des früheren Eigentümers eingetragen (1). Durch die Häufigkeit solchen Verhaltens, dem Einhalt zu gebieten man sich vergeblich bemühte, entstand eine sehr verworrene Lage in Grundbuchsachen, die unbedingt bereinigt werden mußte. Dies veranlaßte den türkischen Gesetzgeber, ein Gesetz zu erlassen, das im Grunde mit den Prinzipien des ZGB nicht zu vereinbaren ist. Aber dieses Problem konnte nicht nur durch die Anwendung der Vorschriften des ZGB gelöst werden. Die Anwendung des Art. 638 türk. ZGB (2) über die Tabularersatzung ist nicht möglich, weil es sich bei der Tabularersatzung um eine trotz des Formfehlers erfolgte Eintragung handelt, während aber in den oben geschilderten Fällen eine Eintragung im Grundbuch nicht stattfindet. Man kann auch den Art. 639 türk. ZGB (3) über die Extratabularersatzung nicht anwenden, da in diesem allgemein von den in das Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücken die Rede ist. Außerdem ist die Anwendung dieser Bestimmungen von dem Willen der Berechtigten abhängig, oder sie kommen nur im Falle eines Rechtsstreites zur Anwendung.

B) Die Gründe solcher formlosen Grundstücksveräußerungen

Bevor man sich mit den Bemühungen des Gesetzgebers zur Bereinigung dieser verworrenen Lage befaßt, ist es angebracht, auf die Gründe solchen Verhaltens einzugehen. Diese Ausführungen sind auch eine Antwort auf die Frage,

- (1) Bei Teilung, Tausch und Schenkungsgeschäfte an Grundstücken wurde ebenso verfahren. Sie erfolgten also auch von Hand zu Hand. Häufig wurde die Eintragung der vererbten Grundstücke auf die Namen der Erben unterlassen. Der Begriff Hypothek im heutigen Sinne war bis zum Jahre 1913 dem türkischen Recht unbekannt. Bei pfandrechtlichen Belastungen von Grundstücken war stets die Besitzübergabe an den Pfandgläubiger notwendig. Erst nach dem Hypothekengesetz vom 15. März 1913 war nicht mehr die Übergabe der Pfandsache erforderlich, sondern das Pfandrecht entstand mit Abschluß des Pfandvertrages. Dieser Vertrag mußte in der Form abgeschlossen werden, daß die Parteien vor dem Grundbuchamt ihren Willen erklärten. s. ausführlich über das Pfandrecht an Grundstücken im alten türk. Recht Suat Ömer, S. 72 ff; Mardin, c. 7, S. 1 ff u. Kav. T. N., S. 162 ff; Gücün, S. 502; Velidedeoğlu/Esmer, S. 359 ff; Akgün, Ad. D. 1953/7, S. 688 ff
- (2) Art. 638 entspricht Art. 661 d. schweiz. ZGB
- (3) Art. 639 entspricht Art. 662 d. schweiz. ZGB

warum in der Türkei die Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch nicht verwirklicht werden konnte. Noch heute sind 60 % aller unter Privateigentum stehenden Grundstücke nicht im Grundbuch aufgenommen.

Um aber diese Angelegenheit besser zu verstehen, muß man wenigstens einen kurzen Überblick über das Grund- und Bodensystem des osmanischen Reiches haben (1).

In der Türkei wurde das Grundstücksrecht, das vorher durch die Erlasse der Sultane und verschiedene andere Gesetze und Verordnungen geregelt war, erstmals im Jahre 1858 mit dem Bodengesetz kodifiziert. Viel früher herrschte im Osmanischen Reich das Lehnssystem (2). Nach dem alten türkischen Grundstücksrecht waren die Grundstücke in 5 Kategorien eingeteilt. Die Vorschriften, die hier zur Anwendung kamen, waren entsprechend dieser Einteilung sehr verschieden. Im Bodengesetz von 1858 wurde diese Teilung beibehalten. Im folgenden werden wir zwei (3) der wichtigsten Grundstücksarten, die für die weiteren Ausführungen wesentlich sind, erläutern. Diese Erläuterung ist deshalb erforderlich, weil die Vorschriften zum Erwerb des Grundeigentums sich nach der Art der Grundstücke richteten.

a) Die "Mülk"-Grundstücke, d.h. die im vollen freien Eigentum des Einzelnen stehenden Grundstücke (4). Sie sind im Sinne des heutigen Rechts unter Privateigentum stehende Grundstücke. Aber sie werden im Bodengesetz nur erwähnt und sehr kurz beschrieben, und es wird darauf hingewiesen, daß sie den Vorschriften der Mecelle, d.h. des damals gültigen türkischen Zivilgesetzbuches, unterstehen.

-
- (1) s. darüber ausführl. Suat Ömer und die dort erwähnte Literatur. Insbes. Nord, Padel, Tischendorf, Young, s. Literaturverzeichnis dieser Arbeit. -- s. auch in türk. Sprache Velidedeoğlu/Esmer, S. 543 ff. u. die dort zitierte Literatur, außerdem ders. ZSR, S. 69 unter d).
 - (2) Dieses System bezog sich jedoch nur auf ländliche Grundstücke. In den Städten herrschte das volle Eigentum nach religiösem Recht. Suat Ömer, S. 8
 - (3) Es wird z. T. sogar die Ansicht geäußert, daß man überhaupt diese fünf Kategorien auf zwei reduzieren kann. S. die bei Suat Ömer S. 11 erwähnten ausländischen Autoren. Die gleiche Ansicht wird in der neueren türk. Rechtsliteratur von Barkan (S. 371), Gürâl (S. 47 und N. 1) und Postacioğlu (s. 15) vertreten.
 - (4) s. ausführl. darüber Suat Ömer, S. 12-16; Gürâl, S. 48 ff, Velidedeoğlu/Esmer, S. 546 ff; Postacioğlu, S. 16 ff

b) Die "Miri"-Grundstücke (1)

Sie waren solche, die gegen Zahlung einer Taxe ("Tapu") vom Staat zur Nutzung an Private gegeben wurden, wobei das Eigentum dem Staate vorbehalten blieb. Zu dieser Kategorie der Grundstücke gehörten nur ländliche Grundstücke, wie Äcker, Wiesen, Wälder, Weiden und Dreschplätze (2). Das Recht des Einzelnen an einem Miri-Grundstück war kein Eigentumsrecht wie bei den Mülk-Grundstücken, sondern ein "Tasarrufrecht" (Besitzrecht, *droit de possession*), wie das Bodengesetz es nannte (3). Ein türkischer Kommentator definiert es als "das Recht, ein Miri-Grundstück zu gebrauchen und daraus Nutzen zu ziehen" (4).

Von den türkischen Kommentatoren des Bodengesetzes wird in bezug auf die juristische Natur des Tasarrufrechts behauptet, daß es juristisch der Miete gleichkomme (5). Manche ausländischen Autoren versuchen auch dieses Recht zu definieren: Young vergleicht das Tasarrufrecht mit der "*Locatio perpetua agrorum vectigalium*" und mit dem "*usus fructus*" des römischen Rechts. Nach Padel hat das Tasarrufrecht Ähnlichkeit mit der *Superficies* und der *Emphyteuse* des gemeinen Rechts. Er fügt hinzu, daß es auch "als geteiltes Eigentum", wie es das Preußische Allgemeine Landrecht kennt, betrachtet werden könne (6). Ein solches Recht gab dem Besitzer eines Miri-Grundstückes die Befugnis, es unentgeltlich oder gegen Entgelt zu übertragen. Dieses Grundstück konnte sogar auf dem Wege der gesetzlichen Erbfolge geerbt werden. Nur wurden testamentarische Verfügungen über Miri-Grundstücke vom Gesetz nicht zugelassen (7).

Auf der anderen Seite durfte der Besitzer eines Miri-Grundstückes nicht ohne

-
- (1) Suat Ömer, S. 16-36; Gürâl, S. 49 ff; Velidedeoğlu/Esmer, S. 547 ff, Postacioğlu, S. 18 ff; Akın, S. 1130 ff; Erman, S. 1281 ff.
- (2) Die städtischen Grundstücke konnten auch "Miri" sein, und zwar dann, wenn auf Miri-Ländern Städte oder Siedlungen gebaut wurden. Suat Ömer, S. 16
- (3) Suat Ömer, S. 16
- (4) Ali Haydar, S. 56, s. Suat Ömer, S. 17
- (5) Suat Ömer, S. 17 ff. --- In der neuen türkischen Rechtsliteratur wird darunter auch ein Mietverhältnis erblickt. Jedoch wird der Unterschied zwischen Mietbestimmungen einerseits und Tasarrufrecht andererseits besonders unterstrichen, da für das letztere eine zeitliche Begrenzung nicht erforderlich war. Gürâl, S. 50 u. N. 13, Velidedeoğlu/Esmer, S. 547; Postacioğlu, S. 19 ff
- (6) Young, Bd. VI, S. 84; Padel, I. S. 115; s. Suat Ömer, S. 18
- (7) Suat Ömer, S. 18 ff unter b)

die Erlaubnis der Behörden auf seinem Boden neue Gebäude errichten und zum Zwecke der Umwandlung des Bodens in einen Obst- oder Weingarten Bäume anpflanzen. Bauten und Bäume, die mit Erlaubnis der Behörden angelegt worden waren, gehörten dem Besitzer des Landes zum vollen Eigentum. Also erhielten sie das Statut der Mülk-Grundstücke, während der Boden, auf dem sie standen, noch dem Statut der Miri-Grundstücke angehörten. Kehrete der Miri-Boden aus irgend einem Grunde an den Staat zurück, so hatte der "Eigentümer" ein Recht, auf Grund dessen er verhindern konnte, daß das Land, auf dem er das Gebäude hatte, einem anderen verliehen wurde (1).

Bei Veräußerung solcher Bäume, die der Besitzer mit Erlaubnis der Behörden angepflanzt hatte und die dann sein Privateigentum wurden, war es notwendig, gleichzeitig auch den Besitz des Bodens dem Erwerber zu übertragen. Die Übertragung des Bodens mußte aber entsprechend seinem Status als Miri-Grundstück nach der hierfür erforderlichen Form erfolgen (2).

Das Tasarrufrecht wurde erworben (3): 1. durch Verleihung von seiten des Staates, 2. durch rechtsgeschäftliche Übertragung, 3. durch Erbfolge, 4. durch Ersitzung (4), 5. durch Belebung eines "Mevat", d.h. eines unfruchtbaren oder sog. toten Grundstücks.

Das Tasarrufrecht verlor vor allem derjenige, der sein Miri-Land ohne einen wichtigen Grund drei Jahre hintereinander nicht bestellt hatte. Weitere Verlustgründe sind die Expropriation, der Tod des Besitzers ohne Hinterlassung von gesetzlichen Erben und der vollständige Untergang des Landes durch Naturkatastrophen. Bei allen diesen Verlustgründen, mit Ausnahme des völligen Untergangs, kehrte das Land an den Staat zurück, um von ihm von neuem verliehen zu werden (5).

Nach diesem kurzen Überblick über das Grund- und Bodensystem des Osmanischen Reiches können die Gründe der formlosen Grundstücksveräußerungen im türkischen Recht im folgenden zusammengefaßt werden:

1. Die späte Einführung der Institution des Grundbuches

Man begann in der Türkei mit der Bildung einer modernen Grundbuchorganisation und der Anlegung von Grundbüchern sowie mit der Aufnahme von

(1) Suat Ömer, S. 22 ff

(2) Suat Ömer, S. 24

(3) Suat Ömer, S. 19 ff

(4) Demgegenüber konnte das Eigentumsrecht der Mülk-Grundstücke im früheren türkischen Recht nicht durch Ersitzung erworben werden.

(5) Suat Ömer, S. 21 unter d)

Grundstücken in das Grundbuch sehr spät. Der Grund hierfür ergibt sich aus dem Bodensystem des Osmanischen Reiches.

Obwohl schon viel früher durch den Staat manche Grund- und Bodenregistrierungen vorgenommen worden waren (1), wurden infolge des Bodensystems nur die Miri-Grundstücke und deren steuerpflichtige Besitzer in die sog. Zählungsbücher aufgenommen. Sie stellten keinesfalls Grundbücher im heutigen Sinne dar. Erst im Jahre 1847 fing man an, eine Grundbuchorganisation zu gründen. Aber ihre Aufgaben erstreckten sich nur auf Miri-Grundstücke. Erst im Jahre 1874 wurde durch eine Verordnung auch die Aufnahme der Mülk-Grundstücke in das Grundbuch angeordnet. Deshalb wird dieses Datum als Beginn der Gründung eines modernen Grundbuchsystems genannt. Aber trotzdem kann man nicht sagen, daß auch die in dieser Zeit angelegten Grundbücher den heutigen entsprachen.

Neben den erheblichen Formunterschieden, u. a. in bezug auf den Bestand, der das Grundbuch bildenden Bücher und die Form der Eintragungen in diese, bestanden auch Systemunterschiede. Während nach dem ZGB für jedes Grundstück die Eröffnung eines Grundbuchblattes im Grundbuch erforderlich ist, wurden nach dem früheren türkischen Grundbuchrecht die Grundstücke auf den Namen der Eigentümer in das Grundbuch aufgenommen. Später entstand infolge der außerhalb der Grundbücher vorgenommenen Grundeigentumsübertragungen eine Lage, bei der die Angaben über die Namen der Eigentümer nicht mehr zutrafen. Ein Umstand, der sogar die einfache Feststellung unmöglich machte, ob ein Grundstück überhaupt im Grundbuch aufgenommen worden war oder nicht (2).

2. Die Vorschriften des alten türkischen Rechts zur Übertragung des Grundeigentums

Diese Vorschriften weisen Unterschiede auf, je nachdem ob es sich um Mülk- oder um Miri-Grundstücke handelte.

a) Die Eigentumsübertragung bei den Mülk-Grundstücken vollzog sich bis zum Jahre 1874 durch Abschluß eines privatschriftlichen Veräußerungsvertrages (sogar auch durch mündliche Vereinbarung) und der anschließenden Übergabe des Besitzes, ohne Eintragung in irgend ein öffentliches Buch.

- (1) Eine der wichtigsten davon ist die Zählung im Jahre 1534 z. Zt. der Herrschaft Süleymans des Gesetzgebers. Diese sog. Zählungsbücher werden heute noch in den Archivgebäuden der Grundbuch- und Katastergeneraldirektion in Ankara aufbewahrt. S. Gürâl, S. 54
- (2) Gürâl, S. 56

b) Zur Übertragung der Miri-Grundstücke (1) bedarf es neben der Besitzübergabe noch - im Gegensatz zu den Mülk-Grundstücken - eines formellen Vertrages, da zur Gültigkeit dieses Vertrages die Genehmigung des Staates als Eigentümer des Landes notwendig war (2). Die Eintragung in "Zahlungsbücher" war aber für die Gültigkeit der Übertragung nicht erforderlich (3). Zur Einholung dieser Genehmigung waren die Parteien verpflichtet, vor den zuständigen Stellen zu erscheinen und in einer besonderen Form zu erklären, daß sie übereingekommen seien, das betreffende Grundstück zu übertragen bzw. zu erwerben. Die Genehmigung der Behörden durfte ohne Grund nicht verweigert werden (4). Die zuständigen Stellen zur Erteilung dieser Genehmigung wurden im Laufe der Zeit geändert. An Anfang waren es die Lehnsträger, nach dem Bodengesetz die Fiskusbeamten. Ab 1874, als die Institutionen des Grundbuches eingeführt und die Aufnahme aller Grundstücke (auch Mülk-Grundstücke) in das Grundbuch vorgeschrieben wurde, oblag diese Aufgabe den Grundbuchämtern. Von dieser Zeit an bedarf es auch zur Übertragung des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch.

Diese Ausführungen geben Anhaltspunkte für die Gründe der gegenwärtigen Probleme der Türkei in Grundbuchsachen. Durch das Bodensystem fing man in der Türkei erst sehr spät an, die Grundbücher dem heutigen System entsprechend einzuführen und darin die Grundstücke aufzunehmen. Als man mit diesen Arbeiten begann, war es aber unmöglich, gleichzeitig überall auf den weiten Gebieten des Osmanischen Reiches, das sich auf drei Kontinente erstreckte, Grundbücher einzurichten (5).

Selbst da, wo die Grundbücher bereits eingeführt waren, bereitete es Schwierigkeiten, die Menschen mit den neuen Vorschriften vertraut zu machen; denn es war seit Generationen möglich und üblich, das Eigentumsrecht der Mülk-Grundstücke - ohne Einhalten irgendeiner Form - zu übertragen.

-
- (1) Da über die Miri-Grundstücke kein Eigentumsrecht besteht, kann hier nicht von der Eigentumsübertragung die Rede sein. Daher wäre es richtiger, diesen Vorgang als Übertragung des Tasarrufrechts an Miri-Grundstücken zu bezeichnen. S. in diesem Sinne Suat Ömer, S. 26. Für die Grundbuchjuristen, die im Tasarrufrecht ein unbefristetes Mietverhältnis sehen, handelt es sich hier um den Abschluß eines zweiten unbefristeten Mietvertrages (sous-Location). S. Gürâl, S. 57.
- (2) Suat Ömer, S. 25
- (3) Velidedeoğlu, ZSR, S. 70
- (4) Suat Ömer, S. 26; Gürâl, S. 57 ff; Postacioğlu, S. 28 ff.
- (5) Velidedeoğlu, ZSR, S. 71

Die im Jahre 1874 - und im Jahre 1902 - (1) eingeführten Formvorschriften konnten sich nicht gegen die über Jahrhunderte dauernden Gewohnheiten des Volkes durchsetzen.

Obwohl für die Übertragung der Miri-Grundstücke das Einhalten mancher Formvorschriften erforderlich und auch diese zu Anfang (unter dem Lehnssystem) genau eingehalten worden waren. Wurde sie später nicht genau beachtet. Während des Lehnssystems wurden zwischen den Lehnsträgern und dem Volk enge Kontakte gehalten. Die zuständigen Stellen waren sehr schnell zu erreichen. Nachdem aber diese Aufgabe den Ämtern übertragen wurde, war die Einholung der Genehmigung zur Übertragung der Miri-Grundstücke sehr lästig. Grundbuchämter waren nur in sehr großen Orten oder Städten vorhanden und die Verbindungen zwischen den Dörfern und Städten sehr schlecht. Der Verwaltungsapparat des ganzen Landes arbeitete sehr bürokratisch, was sich auch bei den Grundbuchämtern auswirkte. Alles in allem hat das zu dem Ergebnis geführt, daß die formlosen Übertragungen auch bei den Miri-Grundstücken viel häufiger wurden. Es ist auch dem Staat nicht gelungen, dieser Gewohnheit Einhalt zu gebieten (2).

C) Die Bemühungen zur Bereinigung der entstandenen Rechtslage

Der in dieser Richtung vorgenommene Schritt ist der Erlass des Gesetzes von 1929, Nr. 1515 (3).

Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden heute noch Anwendung, jedoch in beschränktem Umfang (4). Auch eine Verordnung zur Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes ist vorhanden (von 1930, Nr. 9311). Dieses Gesetz besagt :

- (1) Von manchen Grundbuchjuristen wird dieses Datum als die eigentliche Einführung der Formvorschriften bei den Mülk-Grundstücken genannt, da erst von dieser Zeit an durch einen Erlass des Sultans formlose Grundstücksübertragungen bestraft wurden. s. Gürâl, S. 57
- (2) Gürâl, S. 59
- (3) Ausführl. darüber s. Velidedeoğlu/Esmer, S. 559 ff; Postacioğlu, S. 173 ff; Mardin, I. H. F. M., S. 425 ff; Tunçer S. 716 unter A). Gürzumar, S. 31 ff
- (4) s. S. 108

"Die Grundstücke, die schon im Grundbuch aufgenommen worden waren, aber bei denen inzwischen außerhalb des Grundbuches ein Eigentümerwechsel erfolgte, können durch die Grundbuchämter auf die Namen ihrer jetzigen Besitzer eingetragen werden, wenn sie diese Grundstücke bis Inkrafttreten des ZGB 15 bzw. 10 Jahre (1) als ihr Eigentum, unangefochten und in gutem Glauben besessen haben."

Für die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes muß das Vorhandensein eines gültigen Rechtsgrundes, auf dem der Besitz des Antragstellers beruht, ermittelt werden. Ein bloßer Besitzbeweis genügt nicht, das Grundstück auf den Namen des Besitzers einzutragen. Die Ermittlung des Rechtsgrundes oblag zuerst den Grundbuchämtern gemäß den Vorschriften der Verordnung. Später ging diese Pflicht entsprechend den Bestimmungen des Ergänzungsgesetzes von 1950, Nr. 5519 auf den Richter über (2).

Wie man sieht, gibt das Gesetz den Grundbuchämtern nicht nur formelle Befugnisse zur Eintragung des Besitzers in das Grundbuch, sondern es sollen auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen einer solchen Eintragung von den Grundbuchämtern untersucht und festgestellt werden.

Den Interessenten wird im Gesetz nur die Möglichkeit gegeben, binnen drei Jahren beim Gericht gegen eine solche Eintragung Klage zu erheben mit der Begründung, daß die vorgeschriebenen materiellen Voraussetzungen zur Eintragung nicht gegeben seien. Aus dieser Bestimmung des Gesetzes ergab sich die Frage, ob man überhaupt nach Belieben und auch ohne eine Streitigkeit vor Gericht gehen konnte, um das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen einer solchen Eintragung nach diesem Gesetz feststellen zu lassen und mit dem daraus folgenden positiven Gerichtsurteil beim Grundbuchamt die Eintragung in das Grundbuch veranlassen konnte, oder ob das Gesetz dieses Recht nur den Grundbuchämtern vorbehalten wollte. Hierüber mußte der türkische Kassationsgerichtshof zahlreiche Beschlüsse fassen. In erster Zeit vertrat der Gerichtshof die Ansicht, daß mit diesem Gesetz (Nr. 1515) ein neues Verfahren zur Eintragung eingeführt worden sei. Es stelle ein Verwaltungsgesetz dar. Die Gerichte seien nicht befugt, nach diesem Gesetz Urteile zu erlassen. Die Berechtigten dürften also nur beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung nach diesem Gesetz stellen.

Aber der Kassationsgerichtshof hat in einem Plenarbeschluß vom 9. 2. 1944, Nr. 4/8 seine Ansicht geändert und entschieden, daß dieses Gesetz auch von

-
- (1) Durch das Gesetz wurde hinsichtlich der erforderlichen Besitzdauer eine Zweiteilung vorgenommen, die nach der Art der Liegenschaften (Bauten oder Acker) bestimmt wird.
 - (2) s. Beschluß der ver. Zivil. des Kass. v. 28. 9. 1949, Nr. Es. 5/45-38, K. 45 auch Velidedeoğlu/Esmer, S. 567

den Gerichten anzuwenden sei und nicht nur ein von den Grundbuchämtern anzuwendendes Verwaltungsgesetz darstelle.

Daher ist es möglich geworden, neben den Grundbuchämtern nach Belieben auch bei den Gerichten einen Antrag zur Eintragung nach diesem Gesetz zu stellen. Dies währte aber nicht lange, da durch ein Ergänzungsgesetz (v. 1950, Nr. 5519) die Befugnisse der Grundbuchämter zur materiellen Anwendung dieses Gesetzes ganz aufgehoben wurden. Nach diesem Ergänzungsgesetz ist es nur Sache der Richter, festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine solche Eintragung in das Grundbuch gegeben sind. Auf ein positives Urteil des Gerichtes muß die erforderliche Änderung im Grundbuch durch den Grundbuchführer vorgenommen werden.

Im Jahre 1942 (1) wurde das Anwendungsgebiet des durch das Gesetz von 1929, Nr. 1515 eingeführten Verfahrens erweitert. Bis dahin konnte dieses Verfahren nur für die schon in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke angewandt werden. Mit dieser Änderung ist es möglich geworden, daß auch die Besitzer der noch nicht im Grundbuch aufgenommenen Grundstücke ihre Eintragung in das Grundbuch als Eigentümer beantragen konnten, soweit für sie die in diesem Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen gegeben sind.

Heute erfaßt dieses Gesetz unter Berücksichtigung des im Jahre 1964 erlassenen "Gesetzes über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch" Nr. 509 (2) nur die folgenden Grundstücke :

- a) Die im Inneren der Städte und Kreisstädte befindlichen Grundstücke. Für sie ist grundsätzlich das Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke nicht anwendbar (3).
- b) Für die außerhalb der Städte und Kreisstädte befindlichen Grundstücke ist es dann anwendbar, wenn in diesem Gebiete die Vorschriften des Gesetzes über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch noch nicht eingeführt worden sind (4).

-
- (1) Erst durch den Regierungsbeschluß Nr. 13041. Dieser wiederholte sich später im Ergänzungsgesetz von 1950, Nr. 5519.
 - (2) s. über dieses Gesetz ausführl. S. 153 ff
 - (3) s. S. 155 unter a)
 - (4) Wie auf S. 155 unter b) ausführlich dargestellt wird, tritt dieses Gesetz nicht überall gleichzeitig in Kraft, sondern wird nach und nach eingeführt.

§ 9 Die Folgen der formlosen Veräußerung der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke nach der Einführung des Zivilgesetzbuches

A) Allgemeine Darlegung

Seit der Übernahme des schweizerischen ZGB existiert im türkischen Recht eine Teilung der Liegenschaften nach Mülk- und Miri-Grundstücken und deren verschiedenartige Rechtsbehandlung nicht mehr. Sie hat heute nur noch rechtsgeschichtliche Bedeutung. Nach dem heutigen Rechtssystem gehören diese beiden Grundstücksarten zu den "in Privateigentum stehenden Grundstücken" und sind der gleichen rechtlichen Regelung unterworfen. Die früher den Privatpersonen zur Nutzung überlassenen und in deren Besitz befindlichen staatseigenen Liegenschaften (Miri-Grundstücke) wurden als Privateigentum ihrer Besitzer anerkannt.

Was im ZGB unter Grundstück zu verstehen ist, sagt Art. 632 ZGB (1). Die Eintrags- und Kausalitätsprinzipien bilden die wichtigsten Grundsätze des schweizerischen und neuen türkischen ZGB (2), und nach Art. 634 ZGB (3) sind die Rechtsgeschäfte auf Eigentumsübertragung an Grundstücken öffentlich zu beurkunden, was gemäß Art. 26 des türk. GBG durch den Grundbuchführer zu erfolgen hat.

Auf diese Weise ersetzt das neue ZGB mit seinen klar gefaßten Vorschriften das alte komplizierte türkische Grundbuchrecht. Außerdem sind heute in der Türkei in allen Städten und Kleinstädten Grundbuchämter eingerichtet worden.

Trotz allem ist es leider noch nicht gelungen, auch nach der Übernahme des neuen ZGB formlosen Verkäufen von Grundstücken ein Ende zu setzen. Bei den noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücken kann

(1) s. darüber S. 26 unter b)

(2) Abs. 1 des Art. 633 (= 656 schweiz.) ZGB, "Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch". Abs. 2 des Art. 932 (= 974 schweiz.) ZGB, "Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist."
s. ausführl. hierüber im ersten Teil dieser Arbeit, § 1, S. 25 ff

(3) Art. 634 entspricht Art. 657 d. schweiz. ZGB

man sie noch als eine Nothandlung bezeichnen. Aber noch heute werden von einem Teil der Landbevölkerung die in das Grundbuch aufgenommenen und auf ihren Namen als Eigentümer eingetragenen Grundstücke ungeachtet der zwingenden Vorschriften der Gesetze weiterhin formlos veräußert.

Unter solchen besonderen Umständen ist die Festlegung der Folgen der Nichtbeachtung der Form nach der Übernahme des ZGB unter Berücksichtigung der Beschlüsse des türkischen Kassationsgerichtshofes von großer Bedeutung. Es kommt nicht mehr in Frage, daß man unter derartige gesetzeswidrige Handlungen einen Strich zieht und sie als gültig betrachtet, wie dies bei solchen Handlungen, die vor der Einführung des ZGB stattfanden, der Fall war. Es geht jetzt darum, ohne Verletzung der Grundprinzipien des neuen Rechts, die unvermeidlichen rechtlichen Folgen genau festzulegen und ggfs. vielleicht etwas zu mildern. Der türkische Kassationsgerichtshof hat in den ersten Jahren nach der Übernahme des ZGB solchen formlosen Grundgeschäften keine rechtliche Bedeutung beigemessen, ohne Rücksicht auf die Erfüllung (1). Aber später mußte der Gerichtshof seine Haltung unter Berücksichtigung der Realitäten des Landes ändern, die sich besonders im Falle der Erfüllung zeigten. Auf Grund dessen werden in den folgenden Ausführungen die rechtlichen Folgen der Nichtbeachtung der Form, zuerst im Falle der Nichterfüllung der formwidrigen Rechtsgeschäfte und dann der Erfüllung solcher Rechtsgeschäfte (mit den in Frage kommenden Möglichkeiten) untersucht (2). Weil der Kauf das häufigste Rechtsgeschäft zur Grundeigentumsübertragung ist, werden wir uns in dieser Untersuchung auf die Folgen eines formwidrigen Kaufvertrages beschränken.

(1) Die Beschlüsse des

1. Zivilsenats v. 29. 11. 1938, Nr. 575/2070;
 1. Zivilsenats v. 27. 11. 1938, Nr. 610/1974;
 4. Zivilsenats v. 21. 6. 1938, Nr. 5733/4771;
 4. Zivilsenats v. 26. 9. 1938, Nr. 9061/7448.
- s. Gürâl, S. 45, N. 10

(2) s. auch Postacıoğlu, S. 183, N. 124

B) Die Gründe solcher formlosen Grundstücksveräußerungen nach der Einführung des Zivilgesetzbuches

Hier ist es erforderlich, noch die Gründe zu untersuchen, warum nach der Einführung des ZGB in der Türkei noch solche formlose Grundstücksveräußerungen weiterhin, trotz der klaren Gesetzesbestimmungen, stattfinden. Angesichts des heutigen Rechtssystems, das mit dem ZGB in die Türkei eingeführt wurde, sind solche Handlungen nicht mehr durch das komplizierte Bodensystem, die verschiedenartige Rechtsbehandlung oder mangelnde Grundbuchorganisation (1) zu erklären. Es liegt vielmehr an der Unkenntnis der Gesetzesvorschriften und vielleicht noch mehr an dem auf den ersten Blick mühevoll, umständlich und teuer erscheinenden Weg der Grundeigentumsübertragung nach den gesetzlichen Vorschriften.

Jedoch sind die Folgen noch mühevoller und teurer, wenn es zu einem Rechtsstreit kommt, was leider dann erst später begriffen wird. Den meisten Bauern erscheint es sehr umständlich, zur Veräußerung ihrer Grundstücke zum Grundbuchamt zu gehen. Abgesehen davon, würde sie dieser Gang zum Grundbuchamt viel Geld kosten, da sie die Grundbuchgebühren, die Rechtsverkehrssteuern, ggfs. auch noch jahrelang ausstehende Grund- und Bodensteuer - falls es sich um ererbte Grundstücke handelt - sowie Erbschafts- und Schenkungssteuer zu zahlen hätten (2). Um diesem allen auszuweichen, erscheint es ihnen günstiger und klüger, ihre Grundstücke ohne Einhaltung irgendeiner Form wie bewegliche Sachen zu veräußern. Zu welchem Ergebnis solches Verhalten führt, ist aus der sehr hohen Zahl der Prozesse bei den Zivil- und Strafgerichten ersichtlich (3). Das Typische solcher formloser Verkäufe in der türkischen Praxis ist, daß die Vorschriften über die öffentliche Beurkundung der Rechtsgeschäfte auf Grundeigentumsübertragung u. a. deshalb nicht eingehalten werden, weil die Parteien auf die Eintragung in das Grundbuch keinen Wert legen, sei es in der Absicht, Unkosten zu sparen, oder sei es, daß die rechtlichen Folgen nicht begriffen werden. Es geht nicht darum, auf Grund eines gültigen Rechtsgeschäfts im Falle der Weigerung die andere Seite zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten zu zwingen.

(1) s. über die Gründe solcher Handlungen vor der Einführung des ZGB, S. 100 ff. dieser Arbeit

(2) Ulu, S. 744 ff.

(3) Weil die sich daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten in den meisten Fällen auch mit strafrechtlichen Auseinandersetzungen enden.
s. Akgün, Ad. D. 52/10, S. 1210

Diese Pflichten - mit Ausnahme der Eintragung in das Grundbuch - werden von beiden Seiten freiwillig und sofort erfüllt, ohne daß man sich über die Gültigkeit solcher Verträge Gedanken macht.

C) Die Folgen beim Abschluß eines formwidrigen Grundstückskaufvertrages und dessen Nichterfüllung

Im türkischen Recht ist ein formwidriger Kaufvertrag entsprechend den Bestimmungen des Gesetzes (1) ungültig, d. h. nichtig. Dabei wird unter Formfehler die Nichteinhaltung der Form der öffentlichen Beurkundung oder die nicht richtige Durchführung des dazu bestimmten Verfahrens (2) verstanden. Aufgrund eines solchen Vertrages kann keine Partei von der anderen die Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (3).

D) Die Folgen bei der Erfüllung des formungültigen Grundstückskaufvertrages

Hier kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht (4).

I. Erfüllung seitens des Verkäufers

Die vertraglichen Pflichten des Verkäufers beim Abschluß eines gültigen Grundstückskaufvertrages sind die Eintragung in das Grundbuch, d. h. die Anmeldung, und die Besitzübergabe des Grundstücks an den Käufer. Daher unterscheidet man folgende Fälle :

a) Wenn der formungültige Kaufvertrag von ihm nur durch die Eintragung

-
- (1) Die Art. 11 u. 213 türk. (= 11 u. 216 schweiz.) OR, die Art. 634 türk. (= 657 schweiz.) ZGB.
 - (2) Dafür ist im türk. Recht insbes. Art. 26 d. GBG maßgebend.
 - (3) s. auch S. 79 f
 - (4) s. darüber ausführl. Postacıoğlu, S. 196 ff

in das Grundbuch, jedoch ohne Besitzübergabe, erfüllt wird (1), bringt ein solcher Eintrag den Rechtsgrund nicht zur Gültigkeit. Daher kann der Veräußerer auf Löschung des ungerechtfertigten Eintrags klagen. Jedoch bleiben dem gutgläubigen Dritten die durch Eintragung erworbenen dinglichen Rechte vorbehalten (2).

b) Wenn von dem Verkäufer seine vertraglichen Pflichten erfüllt worden sind, d.h. die Eintragung in das Grundbuch und die Besitzübergabe, dann kann das Eigentum des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Käufers, - nachdem er das Grundstück im guten Glauben zehn Jahre lang unangefochten und ununterbrochen besessen hat - nicht mehr angefochten werden (Tabularersatzung) (3).

c) Als dritte Möglichkeit könnte aufgrund eines formungültigen Kaufvertrages, ohne Eintragung in das Grundbuch, nur der Besitz des Grundstückes von dem Verkäufer auf den Käufer übertragen werden, obwohl der Kaufpreis nicht bezahlt worden ist. In einem solchen Fall hat der Käufer das Grundstück dem Eigentümer, d.h. Verkäufer, auf dessen Forderung zurückzugeben. Die Rückgabe hat nicht nach Art. 61 OR (4), d.h. aus ungerechtfertig-

(1) Im türkischen Recht ist es schwer, dafür ein Beispiel zu finden, daß trotz des formungültigen Kaufvertrages ein Eintrag im Grundbuch zustandekommt. Ohne öffentliche Beurkundung eines Kaufvertrages ist es in der Praxis unmöglich, einen Eintrag in das Grundbuch zu erlangen, da diese Möglichkeit insbesondere durch das zeitliche Zusammenfallen der öffentlichen Beurkundung und der Eintragung in das Grundbuch (s. darüber oben S. 87) ausgeschlossen ist.
Die preissimulierten Kaufverträge über Grundstücke sind im türkischen Recht (im Gegensatz zum schweizerischen Recht) gültig. Das Grundbuchgesetz spricht dies in seinem Art. 29 deutlich aus. (s. darüber ausführlicher Postacioğlu, S. 114 ff, insbesondere S. 124, Nr. 85). Ein Beispiel könnte der Fall darstellen, daß ein Kaufvertrag zwar öffentlich beurkundet wurde aber wegen der nicht richtigen Durchführung des dazu bestimmten Verfahrens nichtig ist. Da aber in solchen Fällen meistens von dem Käufer auch der Kaufpreis bezahlt wird, ist dies eher ein Beispiel für die beidseitige Erfüllung. (s. unten S. 117 ff) s. Postacioğlu, S. 196 u. N. 1

(2) Die Art. 933 und 931 türk. (= 975 und 973 schweiz.) ZGB

(3) s. Art. 638 türk. (= 661 schweiz.) ZGB

(4) Art. 61 entspricht Art. 62 d. schweiz. OR

tigter Bereicherung, sondern nach den Bestimmungen der Art. 906 bis 908 ZGB (1) zu erfolgen.

Da sich die Rechte und Pflichten des Besitzers nach seiner Gut- und Bösgläubigkeit ändern (2), hat die Feststellung des guten und bösen Glaubens eine große Bedeutung. Obwohl eine solche Feststellung in jedem einzelnen Fall

(1) Trotz dieser Gesetzesbestimmungen verstand man anfangs im türkischen Recht durch den Einfluß des früheren Rechtes unter Schadenersatzansprüchen aus Besitzentziehung und Besitzstörung etwas anderes. Darüber schreibt E. Hirsch folgendes: "Bei Ersatzansprüchen wegen verbotener Eigenmacht konnte nach früherem Recht der Eigentümer eines Grundstückes, dem dieses widerrechtlich entzogen worden war, vom Besitzer als Entschädigung denjenigen Betrag verlangen, welcher dem ortsüblichen Miet- und Pachtzins entsprach. Der hierfür verwendete Begriff "ecrimisil" war derart fest in der Vorstellung der Juristen verwurzelt, daß auch nach Inkrafttreten des ZGB trotz der Art. 906, 907, 908 türk. (= 938, 939, 940 schweiz.) ZGB die frühere Rechtsprechung beibehalten wurde. Allein die Frage der Verjährungsfrist war zwischen den Senaten des Kassationshofs streitig, weil man sich über die Rechtsnatur dieses Anspruchs (Schadenersatz, Pachtzins, pachtzinsähnlicher Anspruch) nicht einigen konnte. Erst nach meinem Aufsatz über die Rechtsnatur dieses angeblichen Anspruchs und meiner eingehenden Kritik der Rechtsprechung des Kassationshofs (in türk. Sprache in der Festschrift der İstanbuler Juristenfakultät anlässlich der 15. Jahresfeier des Inkrafttretens d. ZGB, Istanbul 1943, S. 773 ff.) hat der Kassationshof seine frühere in Plenarbeschlüssen festgelegte Rechtsprechung im Jahre 1950 durch folgende zwei Entscheidungen aufgegeben und sich hiermit 24 Jahre nach Inkrafttreten des ZGB von den früheren Rechtsvorstellungen getrennt.

a) Wer eine unbewegliche Sache eines andern ohne Berechtigung an sich nimmt und bösgläubig nutzt, ist verpflichtet, den Sachen aus der unberechtigten Innehabung des Grundstückes zu ersetzen und für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz zu leisten. Dagegen hat er dem Eigentümer oder Besitzer, der keinen Schaden erlitten hat, als "ecrimisil" oder unter irgendeiner anderen Bezeichnung keine sonstige Leistung zu gewähren.

b) Der in Art. 907 türk. (= 939 schweiz.) ZGB gebrauchte Ausdruck "die vom Besitzer bezogenen Früchte" bezieht sich auf natürliche wie auch zivile Früchte, nicht aber auf den durch den Gebrauch erzielten Nutzen des gutgläubigen Besitzers. Deswegen kann der Gegenwert eines derartigen Gebrauchs auf die Forderung für Verwendungen nicht angerechnet werden." - SJZ 50, S. 338 ff, N. 3

(2) In den Art. 906 u. 907 (= 938 u. 939 schweiz.) werden die Verantwortlichkeit des gutgläubigen und in Art. 908 (= 940 schweiz.) des bösgläubigen Besitzers geregelt.

von dem Richter nach freiem Ermessen zu treffen ist, vertrat am Anfang der türkische Kassationsgerichtshof die Ansicht (1), daß der Besitzer eines Grundstückes, der zu diesem Besitz durch einen formlosen Kauf gekommen ist, grundsätzlich nicht als gutgläubig betrachtet werden kann. Aber später hat der Gerichtshof seine Ansicht geändert.

In einem Plenarbeschuß vom 28.6.1944, Nr.26 (2) erkannte das Gericht die Gutgläubigkeit eines Besitzers an, der auf einem Grundstück, das aufgrund eines formungültigen Grundstückskaufvertrages in seinen Besitz gelangte, ein Gebäude errichtet hatte; demzufolge räumte ihm das Gericht die Möglichkeit ein, die nur für die in gutem Glauben befindlichen Personen in Frage kommt, nämlich die Zuweisung des Grundeigentums gemäß Art. 650 ZGB (3) zu verlangen. Auf diese Weise wurde das Grundprinzip des Art. 3 türk. und schweiz. ZGB auch für solche Besitzer anerkannt, d.h. sie müssen solange für gutgläubig gehalten werden, bis das Gegenteil erwiesen ist.

II. Die Erfüllung seitens des Käufers

Die vertragliche Pflicht des Käufers ist die Zahlung des Kaufpreises. Wenn der Käufer aufgrund eines formungültigen Kaufvertrages den Kaufpreis bezahlt hat und trotzdem der Verkäufer seine vertraglichen Pflichten weder durch die Eintragung in das Grundbuch (4) noch durch die Besitzübergabe erfüllt, dann bleibt dem Käufer nichts anderes übrig, als den von ihm bezahlten Kaufpreis zurückzuverlangen. Es stellt sich aber hier die Frage, mit welcher Klage dies geschehen soll, nämlich aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unerfülltem Vertrag. Die Antwort auf diese Frage hat in zwei Punkten eine besondere praktische Bedeutung (5):

-
- (1) Die Beschlüsse des Kassationsgerichtshofes vom 16.10.1930 und vom 23.10.1935, s. Postacioğlu, S. 200.
 - (2) Im gleichen Sinne sind auch die Beschlüsse des 1. Senats vom 18.10.1938 und vom 2.4.1942, s. Postacioğlu, S. 201, N. 143
 - (3) Art. 650 entspricht Art. 673 des schweiz. ZGB
 - (4) Dafür braucht er allerdings einen formgültig abgeschlossenen Kaufvertrag und die Anmeldung.
 - (4) s. Postacioğlu, S. 207, N. 148

- a) Die Verjährung : Während im Falle der Forderung aus einem Vertrag eine Klage binnen 10 Jahren erhoben werden kann (Art. 125 OR) (1) beträgt die Verjährungsfrist für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nur 1 Jahr (Art. 66 OR) (2).
- b) Der Umfang der Rückgabe : Im Falle ungerechtfertigter Bereicherung hat der gutgläubige Schuldner eine vorteilhaftere Rechtslage (Art. 63 OR) (3).

Nach schweizerischer Rechtsprechung kann der Käufer in diesem Fall den von ihm bezahlten Kaufpreis durch die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen (4). Der türkische Kassationsgerichtshof ist anderer Ansicht. Nach ihm muß die Rückgabe des Kaufpreises durch die Klage aus dem unerfüllten Vertrag erfolgen. Nach dieser Ansicht kommt bei formlosen Verkäufen von Grundstücken zwischen den Parteien eine stillschweigende Einigung über die Rückgabe des bezahlten Kaufpreises zustande. Grundsätzlich ist ein formloser Grundstückskaufvertrag nichtig. Trotzdem sieht man hier noch eine andere Einigung zwischen den Parteien, nämlich die, daß der Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis zurückzahlt, wenn er sich weigert, das Eigentum des Grundstückes gesetzmäßig auf den Käufer zu übertragen. Während anzunehmen ist, daß der Käufer den Kaufpreis nur unter einer solchen Bedingung bezahlt hat (5).

Das Gericht kommt zu dem Schluß, daß der Kaufpreis nicht durch eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden kann, weil ja zwischen den Parteien über die Rückgabe des Kaufpreises eine Einigung, d. h. ein Vertrag vorliegt. Es stellt weiter fest, daß die Verjährungsfrist zur Klage auf Rückgabe vom Rücktritt von dem ungültigen Vertrag an gerechnet wird, nicht erst von der Bezahlung des Kaufpreises an.

(1) Art. 125 entspricht Art. 127 d. schweiz. OR

(2) Art. 66 entspricht Art. 67 d. schweiz. OR

(3) Art. 63 entspricht Art. 64 d. schweiz. OR

(4) s. BGE 1917 I 229; 1948 I 504

(5) Der Plenarbeschluß vom 20. 4. 1940, Nr. 47;
s. auch Postacıoğlu, S. 207 ff, Elbir, S. 6

III. Die beidseitige Erfüllung des formungültigen Grundstückskaufvertrages

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden :

a) Der Verkäufer und Käufer haben ihre vertraglichen Pflichten erfüllt (1), obwohl der Grundstückskaufvertrag ungültig ist.

Also wurde der Kaufpreis bezahlt, die Eigentumsübertragung ins Grundbuch eingetragen (2), und der Erwerber hat seine Eigentumsrechte schon ungehindert ausgeübt.

Nach schweizerisch-türkischem ZGB heilt die Eintragung in das Grundbuch die Ungültigkeit des Veräußerungsvertrages nicht.

Der Veräußerer bleibt weiterhin Eigentümer. Der erfolgte Eintrag ist ungerechtfertigt. Seine Löschung oder Abänderung kann nach Art. 933 ZGB im Klagewege verlangt werden (3). Während im türkischen Recht eine solche Klage wegen der Gültigkeit des preissimulierten Kaufvertrages (4) sehr wenig Anwendung findet, sieht es in der Schweiz anders aus. Dort sind die preissimulierten Kaufverträge ungültig (5). Nach schweizerischer Rechtsprechung kann jedoch die Berufung auf einen Formmangel, insb. angesichts der beiderseitigen freiwilligen Erfüllung des Vertrages als rechtsmißbräuchlich erscheinen und die Einrede nach Art. 2 ZGB gegeben sein (6). Man kann daher sagen, daß man auf diese Weise in beiden Rechten praktisch zu dem gleichen Ergebnis gelangt.

b) Der formungültige Grundstückskaufvertrag wurde nur durch die Zahlung des Kaufpreises und die Besitzübergabe des Grundstücks erfüllt. Die Eintragung in das Grundbuch blieb jedoch aus. Dies ist ein Fall, der in der türkischen Praxis sehr häufig vorkommt. Obwohl nach neuem Rechtssystem solche Grundstückskäufe ungültig sind und das Eigentum keinesfalls übergeht, müssen die türkischen Gerichte sich sehr oft mit den darüber entstandenen Rechtsstreiten beschäftigen. Es handelt sich dabei nicht um die Frage, ob solche Käufe gültig oder nicht gültig sind oder ob das Eigentum übergegangen ist oder nicht, sondern um die auf die Rückgabe der schon erfolgten Leistungen anzuwenden

(1) s. ausführlich Postacioğlu, S. 237 ff, N. 171 ff.

(2) s. über die Möglichkeit eines solchen Falles, S. 113, N. 1 a. E.

(3) s. die Ausföhr. im I. Teil, § 1, B), S. 43 ff u. 79 f.

(4) s. S. 80 N. 3 u. S. 113 N. 1

(5) s. S. 80

(6) s. S. 79 f. u. 45

den Vorschriften. Wie bereits erwähnt wurde (1), kommen heute noch solche Grundstücksverkäufe unter der Landbevölkerung häufig vor. Allerdings werden in den meisten Fällen solche Grundstücksübertragungen von den Parteien genau respektiert und darin ganz korrekte Rechtshandlungen erblickt. Der Käufer bleibt jahrelang unangefochten im Besitz des Grundstücks, obwohl der Verkäufer immer noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Aber es kommt auch nicht selten vor, daß der Verkäufer irgendwie erfährt, daß er das Grundstück zurückverlangen kann, was für ihn durch die inzwischen eingetretene erhebliche Werterhöhung des Grundstückes sehr verlockend ist.

Der türkische Kassationsgerichtshof mußte in seinem Plenarbeschluß vom 20. 6. 1940, Nr. 77 folgende Frage beantworten : Hat der Käufer, der aufgrund eines ungültigen Kaufvertrages und ohne Eintragung in das Grundbuch ein Grundstück in seinen Besitz genommen hat und es trotz der Klage auf Rückgabe weiter besitzt, von der Zeit der Klage an (2) wegen unberechtigten Besitzes dem Käufer noch eine Entschädigung zu zahlen ? Die Antwort des Gerichtes ist negativ. Hier kommt kein Schadensersatzanspruch in Frage. Die Begründung lautet wie folgt : "Wenn eine Seite ihre vertragliche Pflicht nicht erfüllt hat, kann von der anderen Seite die Erfüllung ihrer Pflicht nicht verlangt werden (3). Solange der Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis nicht zurückzahlt, kann er die andere Seite nicht zwingen, das Grundstück zurückzugeben oder ihm verbieten, das Grundstück weiter zu besitzen. Solange übrigens der Kaufpreis von dem Verkäufer nicht zurückgezahlt wird, muß angenommen werden, daß der Käufer zum Besitz des Grundstücks stillschweigend berechtigt worden ist."

In dieser Begründung ist folgendes zu beachten (4) :

aa) Die in diesem Beschluß enthaltenen Grundsätze können auch für die evtl. Ansprüche seitens des Käufers auf die Zinsen des bezahlten Kaufpreises und auch für die gleichen Ansprüche für die Zeit von der Erfüllung bis zur Klage auf Rückgabe angewandt werden.

(1) s. S. 109 f

(2) Da der Käufer nach der Klage auf Besitzrückgabe nicht mehr für gutgläubig gehalten werden kann.

(3) Darum bezieht sich das Gericht auf Art. 81 türk. (= 82 schweiz.) OR

(4) s. ausführl. Postacıoğlu, S. 225 ff

bb) Das Gericht mißt der beidseitigen Erfüllung eine besondere Bedeutung zu. Bei einseitiger Erfüllung kommt es für beide Seiten darauf an, ob sie sich im bösen oder guten Glauben befinden. Im Falle der beidseitigen Erfüllung dagegen nicht. Der Käufer hat nur dann Entschädigung zu leisten, wenn er nach der Rückgabe des Kaufpreises noch das Grundstück in seinem Besitz behält. Also ist auch ein bösgläubiger Besitzer solange nicht schadenersatzpflichtig, bis ihm der Kaufpreis zurückgezahlt wird. Das gleiche kann auch über den Verkäufer gesagt werden. Der Verkäufer hat auch, ungeachtet seines bösen oder guten Glaubens, für den erhaltenen Kaufpreis keine Zinsen zu zahlen, solange der Käufer im Besitz seines Grundstückes ist.

Der türkische Kassationsgerichtshof hat außerdem in einem Beschluß seiner vereinigten Zivilsenate vom 14. 9. 1949, Nr. 5/24/18-22 (1) solchen Käufern das Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) zuerkannt, das sonst nur für bewegliche Sachen und Wertpapiere in Frage kommt (2). Der Beschluß lautet: "Der Käufer, der ein im Grundbuch auf den Namen des Verkäufers als Eigentümer eingetragenes Grundstück durch einen formungültigen Kaufvertrag und ohne Eintragung in das Grundbuch erworben hat, hat auf dieses Grundstück ein Retentionsrecht. Daher kann er es bis zur Rückgabe des von ihm bezahlten Kaufpreises behalten."

(1) Im gleichen Sinne ist auch der Beschluß des 5. Zivilsenats vom 5. 10. 1950, Nr. 3361/3204

(2) s. Abs. 1 d. Art. 864 (= 895 schweiz.) ZGB

Fünftes Kapitel

Die Schwierigkeiten im türkischen Recht durch die in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke

§ 9 Die Veräußerung der in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke

A) Allgemeine Darlegung

In den vorangegangenen Ausführungen untersuchten wir solche Grundstücke, die schon im Grundbuch aufgenommen worden waren, aber ohne Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften veräußert wurden.

Im folgenden behandeln wir solche Grundstücke, die in das Grundbuch überhaupt nicht aufgenommen worden sind (1).

Es wird heute in der Türkei eine große Aktion zur Durchführung von Katasteraufnahmen für sämtliche Grundstücke des Landes und deren Eintragung auf ihren jetzigen wahren Eigentümer durchgeführt (2). Aber es wird sicher noch lange dauern, bis diese Arbeiten abgeschlossen werden können (3). Noch heute verfügen viele Menschen in der Türkei über Grundstücke, die nach den Grundbüchern nicht existieren. Ein Teil von ihnen besitzt als Beweis des Eigentums über solche Grundstücke nur nach früherem Recht ausgestellte Bescheinigungen oder einen mit dem früheren Besitzer abgeschlossenen privatschriftlichen Kauf-, Tausch- oder Schenkungsvertrag, oder nur Quittungen über die entrichtete Grundsteuer für das betreffende Grundstück. Aber der größte Teil ist nicht einmal im Besitz irgendeiner schriftlichen Bescheinigung. Trotzdem halten sie sich ganz selbstverständlich für den Eigentümer der in ihrem Besitz befindlichen Grundstücke. Die Menschen, die von ihnen den Besitz solcher Grundstücke erwerben, sehen darin eine korrekte Rechtshandlung. Kurz gesagt: es wird über solche Liegenschaften so verfügt, als ob sie bewegliche Sachen wären. Jedoch sind solche Erwerbsgeschäfte und Verfügungen mit dem Gesetz und seinem Grundbuch- und Eintragungssystem nicht zu vereinbaren.

- (1) Darunter sind aber nur solche Grundstücke zu verstehen, die in Privateigentum stehen und deren Aufnahme in das Grundbuch daher vorgeschrieben ist.
- (2) s. darüber ausführl. S. 151 ff (152 ff).
- (3) In der Schweiz schätzte man für die Durchführung der dortigen Katasteraufnahmen aller in Privateigentum stehenden Grundstücke, wonach eidgenössische Grundbücher angelegt werden soll, 60 Jahre. Man entschloß sich daher dort, für die Zwischenzeit zuverlässige Liegenschaftsverzeichnisse als Ersatz der Vermessung zuzulassen. S. darüber ausführlich, Mutzner, Die Kommentierung d. Art. 42 Schl. T.

Daher verursachen in der Türkei die dadurch entstandenen Streitigkeiten, insbesondere auf dem Lande, eine große Unruhe (1).

Viele Menschen versuchen, - insbesondere aufgrund der nach dem Kriege festgestellten Erhöhung des Grundstückswertes - wenn sie durch einfache schriftliche Verträge oder sogar durch mündliche Vereinbarungen und durch Besitzübergabe veräußert hatten, die Grundstücke wieder zurückzubekommen mit der Behauptung, daß solche Grundstücksveräußerungen ungültig seien. Wie sollen solche Streitigkeiten gelöst und welcher Seite, der des Verkäufers oder Käufers, soll Recht gegeben werden (2) ?

Mit dem türkischen Einführungsgesetz zum ZGB wurden nicht die notwendigen Bestimmungen erlassen, um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die vorzusehen waren. Am Tage des Inkrafttretens des neuen ZGB wußte der Gesetzgeber, daß über die Hälfte der in Privateigentum befindlichen Grundstücke noch nicht in das Grundbuch aufgenommen worden war, daß ihre Aufnahme in die Grundbücher nicht in kurzer Zeit erfolgen konnte und daß die schon vorhandenen Grundbucheintragungen mit der richtigen Rechtslage nicht mehr übereinstimmten. Außerdem waren die Grundbuchämter des Landes - zum größten Teil - noch nicht eingerichtet. Trotzdem ist Art. 47 des SchlT. genau übersetzt worden und als Art. 40 des türk. Anwendungs- und Einführungsgesetzes zum ZGB in Kraft getreten. Dieser Artikel lautet : "Das Sachenrecht dieses Gesetzes tritt im allgemeinen in Kraft, auch ohne daß die Grundbücher angelegt worden sind." In der Schweiz hatte der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung ein für die ganze Schweiz einheitliches, nach den Vorschriften des ZGB (Art. 942 ff) anzulegendes, eidgenössisches Grundbuch gemeint. Bis dieses fertig war, konnten die kantonalen Register (Art. 46 SchlT.) oder kantonalen Publizitätseinrichtungen - wie Fertigung, Eintragung in Grund-, Pfand- und Servitutenregister gemäß Art. 48 SchlT. - als voller oder teilweiser Ersatz herangezogen werden (3). Das türkische Anwendungs- und Einführungsgesetz zum ZGB enthält diese beiden Artikel nicht, da diese speziell für die Schweiz bestimmt sind. Man hat aber nicht versucht, die für die Türkei entstandene Lücke durch entsprechende Bestimmungen, die auf die türkischen Verhältnisse abzustimmen gewesen wären, zu schließen.

Außerdem führte die Vorschrift des Art. 44 SchlT (4) in der Türkei zu dem

(1) Saymen-Elbir, S. 311

(2) s. Gürâl, S. 46

(3) s. ausführl. Mutzner, die Kommentierung der Art. 47 u. 48 SchlT.

(4) Art. 44 entspr. Art. 38 d. türk. Einführungsgesetzes.

Ergebnis, daß eine sehr große Zahl der dinglichen Rechte, die nach früherem Recht ohne Eintragung in irgendein öffentliches Buch gültig entstanden, ihre Gültigkeit auch weiterhin außerhalb des Grundbuches behielten. In der Schweiz handelt es sich nur um eine sehr geringe Zahl von dinglichen Rechten, die vor dem Inkrafttreten des ZGB oder in der Zwischenzeit zwischen dem Inkrafttreten dieses Gesetzes und der Einführung des eidgenössischen Grundbuches, entstanden waren und die auch bei der Einführung des eidgenössischen Grundbuches trotz des vorhergegangenen Bereinigungsverfahrens aus irgendeinem Grunde nicht zur Eintragung gelangten (1).

Somit blieben folgende Fragen weiterhin offen: Welche Bestimmungen müssen im türkischen Recht zur Veräußerung der noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke (2) angewandt werden? (Es wäre nicht denkbar, die Veräußerung solcher Grundstücke nur deshalb ganz zu unterbinden, weil sie noch nicht in das Grundbuch aufgenommen worden sind). Welche rechtliche Bedeutung haben die Kaufverträge hinsichtlich solcher Grundstücke? Kann der Käufer aufgrund eines solchen Kaufvertrages den Verkäufer zwingen, ihm den Besitz des Grundstückes zu übertragen. Oder darf der Verkäufer den von ihm übertragenen Besitz solcher Grundstücke wieder zurückverlangen?

Da das türkische Einführungsgesetz zum ZGB darüber keine speziellen Bestimmungen enthält und die Antwort auf solche Fragen auch nicht durch ein zeitweiliges Sondergesetz gegeben worden ist (3), mußte dieses Problem durch die Rechtsprechung gelöst werden. Daneben werden in der türkischen Rechtslehre verschiedene Wege zur besseren Lösung dieses Problems vorgeschlagen. Daher sind im folgenden zunächst die durch den türkischen Kassationsgerichts-

-
- (1) s. Mutzner, die Kommentierung d. Art. 43 u. 44 SchlT. - Außerdem wurden gemäß Abs. 2 d. Art. 44 SchlT., der in das türk. Einführungsgesetz nicht aufgenommen worden ist, solche Rechte in der Schweiz nach kurzer Zeit für aufgehoben erklärt.
 - (2) An solchen Grundstücken kann gemäß Art. 38 (= 44 SchlT.) des türk. Einführungsgesetzes auch nach dem Inkrafttreten des ZGB ein Eigentumsrecht des Veräußerers bestehen, jedoch dann nicht, wenn sie (wie es meistens der Fall ist) nach dem Inkrafttreten des ZGB zwei oder mehrere Male außerhalb des Grundbuches veräußert worden sind. s. Reisoğlu, Ad. D. 58/1, S. 132
 - (3) Wie es von Reisoğlu m. E. mit Recht befürwortet wird. s. unter IV. dieser Arbeit, S. 129 ff

hof und anschließend durch die türkische Rechtslehre dazu entwickelten Lösungsvorschläge zu schildern, um den Kauf von noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücken zu ermöglichen und die aus derartigen Kaufverträgen entstehenden Streitigkeiten zu entscheiden.

B) Die Beschlüsse des türkischen Kassationsgerichtshofes

"Da laut Art. 633 des türk. ZGB (ZGB 656) die Gültigkeit einer Grundstücksübertragung von der Eintragung in das Grundbuch abhängig ist, ergingen von türkischen Gerichten in den 18 Jahren, die zwischen dem Inkrafttreten des TZGB, d.h. zwischen 1926 und 1944 liegen, in bezug auf die außerhalb des Grundbuches vollzogenen Grundstückskaufverträge mehrere einander widersprechende Entscheidungen." (1) In dieser Zeit konnte der türkische Kassationsgerichtshof auch keinen endgültigen Beschluß fassen, der zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung geführt hätte. Diese Unklarheit dauerte bis zum Jahre 1944 an.

I. Der Plenarbeschluß vom 22.11.1944, Nr. 32

Der türkische Kassationsgerichtshof ist in diesem Plenarbeschluß zu dem Ergebnis gekommen, daß die Eigentumsübertragung eines nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücks durch den Abschluß eines formlosen Kaufvertrages und durch die Übergabe des Besitzes ungültig ist. Daher kann der Verkäufer das Grundstück zurückverlangen. Es ändert daran nichts, daß der Besitz des Grundstücks von ihm freiwillig und gegen Entgelt dem Käufer übergeben worden ist.

"Das Hohe Gericht bekannte sich mit anderen Worten zu der Auffassung, daß die Bestimmungen des TZGB und des OR, des Grundbuchgesetzes und der GVo strikt anzuwenden waren. Diese Rechtsprechung verkannte jedoch die Wirklichkeit der Landesverhältnisse. Denn in vielen Dörfern wurden die noch nicht eingetragenen Grundstücke weiterhin nur durch die Übergabe des Besitzes verkauft und dieser Zustand bildete die Quelle von vielen Streitigkeiten und Prozessen. Da solche Kaufverträge durch das Urteil von 1944 für unwirksam

(1) Velidedeoğlu, ZSR 50, S. 72 ff

erklärt wurden, erhob der frühere Besitzer, d.h. der Verkäufer, dessen Eigentum auf keinem Grundbucheintrag beruhte. wenn sich nach einiger Zeit die Grundstückspreise erhöht hatten. Klage auf Rückgabe des Grundstückes, das er früher durch Übergabe des Besitzes verkauft hatte. Ein solches Vorgehen führte zur Schädigung des Käufers. Allein. wenn das Eigentum an einem Grundstück. sofern es nicht durch Eintragung in das Grundbuch erworben war, nicht anerkannt wurde : mit welchem Recht konnte dann der frühere Eigentümer, d. h. der Verkäufer, der selber nicht durch Eintragung in das Grundbuch erworben hatte, das Grundstück zurückverlangen ? Warum sollte ein Recht, das dem Käufer aberkannt wurde, dem Verkäufer zugesprochen werden ? Kurz, das Urteil aus dem Jahre 1944 brachte keine Lösung. Das Problem blieb bestehen und die Anwendung dieses Urteils hatte viele Ungerechtigkeiten und Unbilligkeiten zur Folge." (1)

II. Der Plenarbeschluß vom 9.10.1946, Nr.12

Angesichts der oben geschilderten Sachlage mußte der türkische Kassationsgerichtshof nach kurzer Zeit seine im Beschluß von 1944 niedergelegte Ansicht ändern. Mit diesem neuen Plenarbeschluß gelangte das Gericht zu einem Ergebnis, das genau das Gegenteil der alten Ansicht darstellt. Nach diesem Beschluß stellt die Rechtslage über ein nicht im Grundbuch aufgenommenes Grundstück ein Besitzverhältnis dar. Der Besitz ist aber nicht nur eine tatsächliche Gewalt über eine Sache, sondern ein dingliches Recht. Daher kann er wie jedes andere dingliche Recht - entgeltlich oder unentgeltlich - veräußert und vererbt werden.

Der Beschluß gründet sich im wesentlichen auf folgende Erwägungen (2) :

a) Es ist eine wirkliche Tatsache und kann überall vorkommen, daß sich ein Grundstück unter der Gewalt einer Person befindet, die darüber nach den Bestimmungen des ZGB oder irgendeines Gesetzes noch nicht für den Eigentümer gehalten werden kann. In solch einem Fall muß dieses Rechtsverhältnis unter die "Besitz"-Bestimmungen des ZGB gestellt werden.

b) Der Besitz ist ein dingliches Recht, da er dem Besitzer über die in seinem Besitz befindlichen Sachen ein (in materieller und rechtlicher Hinsicht) absolutes Verfügungsrecht einräumt und ihn berechtigt, jedermann von diesen Sachen fernzuhalten.

(1) Velidedeoğlu, ZSR 50, S. 73

(2) vgl. Elbir, S. 8; Reisoğlu, Ad. D. 58/2, S. 134 ff.

c) Da der Besitz ein dingliches Recht ist, kann er wie jedes andere Recht, von den Berechtigten aufgehoben oder einer anderen Person - entgeltlich oder unentgeltlich - veräußert oder vererbt werden.

In Abs. 1 des Art. 890 ZGB (1) heißt es : "Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. "

Nach dem Wortlaut dieses Artikels ist anzunehmen, daß diese Vorschrift sich neben den beweglichen Sachen auch auf die Grundstücke bezieht. In Art. 909 ZGB (2) tritt es noch deutlicher hervor, daß eine bloße Übertragung des Besitzes (ohne daß gleichzeitig das Eigentum auch übertragen zu werden braucht) möglich ist. Nach diesem Artikel darf sich der zur Ersitzung berechtigte Besitzer den Besitz seines Vorgängers anrechnen, insofern auch dieser Besitz zur Ersitzung tauglich gewesen ist. Um aber dem alten Besitz den neuen Besitz hinzufügen zu können, muß es zwischen beiden eine rechtliche Verbindung geben. Eine solche rechtliche Verbindung besteht in den gesetzlichen oder vertraglichen Beziehungen zwischen den Erben und seinem Erblasser, Schenker und Beschenkten oder Käufer und Verkäufer.

Dies zeigt, daß der bloße Besitz eines Grundstückes den Gegenstand eines Vertrages bilden und daher veräußert werden kann.

d) Der dadurch erfolgte Rechtsakt ist im Grunde eine Übertragung des Besitzrechtes durch den Besitzer, das dem Käufer später auch das Eigentumsrecht dieses Grundstückes verschafft hätte (Extratabularersitzung). Zur Übertragung des Besitzrechtes ist im Gesetz keine öffentliche Form vorgeschrieben, auch ist eine solche Übertragung nicht verboten.

Dieser praktisch sehr wichtige Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes behält noch heute seine Gültigkeit. Aber dieses Ergebnis, das durch eine solche rechtliche Konstruktion erzielt wurde, und das zur Gültigkeit eines Grundstückskaufvertrages ohne öffentliche Beurkundung führt, entspricht u. a. nicht dem Zweck des Art. 634 ZGB (3), wonach der Gesetzgeber den Parteien bei einer solchen wichtigen Handlung, wie ein Grundstückskauf, vor leichtfertigen Entschlüssen bewahren will (4).

(1) Art. 890 entspricht Art. 922 d. schweiz. ZGB

(2) Art. 909 entspricht Art. 941 d. schweiz. ZGB

(3) Art. 634 entspricht Art. 657 d. schweiz. ZGB

(4) s. Reisoğlu, Ad. D. 58/2, S. 139; über die Notwendigkeit des Formzwanges, s. a. oben S. 74

Die erheblichen Gefahren, die der ganz formlose Abschluß eines Vertrages auf Übertragung eines Grundstücks mit sich bringen kann, wurden durch die späteren Senatsbeschlüsse des türkischen Kassationsgerichtshofes berücksichtigt. So verbindet der Gerichtshof in den letzten Jahren die Gültigkeit des Kaufes eines im Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks mit der Übergabe des Besitzes. Der Käufer kann also aufgrund eines solchen Vertrages von dem Verkäufer die Übergabe des Besitzes nicht verlangen. Wenn aber die Übergabe des Grundstückes durch den Verkäufer freiwillig erfolgt, ist sie verbindlich, der Verkäufer kann dann das Grundstück nicht mehr zurückverlangen (1).

C) Nach der türkischen Rechtslehre

Die Entscheidung des Kassationsgerichtshofes von 1946 wird im allgemeinen unter den türkischen Juristen hinsichtlich ihres Ergebnisses als gerecht betrachtet. Doch wird ihre Begründung heftig kritisiert (2). Außerdem gibt es eine Meinung, daß der richtige Weg, dieses Ergebnis zu erzielen, nicht die Rechtsprechung, also die Auslegung der Bestimmungen des ZGB, sondern ein Sondergesetz gewesen wäre (3).

- (1) Der Beschluß des 5. Zivilsenats vom 10.11.1950, Nr. 3774/3658
 Der Beschluß des 5. Zivilsenats vom 20.11.1950, Nr. 3961/3859
 Der Beschluß des 1. Zivilsenats vom 30.11.1951, Nr. 4208
 Der Beschluß des 7. Zivilsenats vom 7.11.1952, Nr. 4172
 Der Beschluß des 5. Zivilsenats vom 30. 5.1955, Nr. 1195/4945
 Der Beschluß des 7. Zivilsenats vom 24. 6.1955, Nr. 3185/7078
 s. Akgün, Ad. D. 53/2, S. 151 und Tekinay, S. 133, N. 12
- (2) Velidedeoğlu nimmt dazu wie folgt Stellung: "Die Rechtsprechung des Hohen Gerichts bedeutete die Einführung eines neuen Grundeigentums im türkischen Recht; neben dem auf dem Grundbuch beruhenden wurde jetzt ein zweites Grundeigentum anerkannt, das sich nur auf den Besitz stützt. Ein solches sui generis-Eigentum ist aber dem türkischen ZGB fremd. Statt zu sagen "der Besitz ein dingliches Recht" - wie dies der Kassationshof auf der Suche nach einem Notfall annimmt -, hätte man das Eigentum an nicht eingetragenen Grundstücken Extratabulareigentum nennen und erklären sollen, daß dieses Eigentum kraft einer besonderen Vereinbarung durch Übergabe des Besitzes veräußert werden kann und vererblich ist. Durch eine solche Denkweise würde man vielleicht der juristischen Wirklichkeit eher Rechnung getragen haben. Denn ganz allgemein zu behaupten, daß "der Besitz ein dingliches Recht sei, kann vom Standpunkte des Zivilrechts aus schwerlich gebilligt werden." s. ZSR 50, S. 74
- (3) s. S. 129 f

Im folgenden soll versucht werden, die bemerkenswertesten Meinungen in der türkischen Lehre zu diesem Thema in ihren Grundzügen wiederzugeben.

I. Nach einer Lehrmeinung ist der abgeschlossene Kaufvertrag über ein in das Grundbuch nicht aufgenommenes Grundstück, gleich in welcher Form, nichtig, da eine wichtige Voraussetzung dafür nicht erfüllt werden kann, nämlich die, daß der Verkäufer Eigentümer ist. Zum gültigen Kauf einer Sache ist erforderlich, daß der Verkäufer der Eigentümer dieses Kaufgegenstandes ist. Die Erfüllung dieses Erfordernisses ist aber bei den nicht im Grundbuch aufgenommenen Grundstücken nicht möglich, da nach Art. 633, 930 ZGB (1) die dinglichen Rechte an Grundstücken nur durch die Eintragung in das Grundbuch entstehen können. Das Rechtsverhältnis über solche Grundstücke kann nur Besitz sein. Zu diesem Schluß kann man durch die Auslegung der Bestimmungen der Art. 639 und 887 ZGB (2) kommen.

Da an solchen Grundstücken kein Eigentumsrecht besteht, kann hier auch nicht von einem Abschluß eines gültigen Kaufvertrages, der ein auf die Übertragung des Eigentumsrechts an Grundstücken gerichtetes Rechtsgeschäft ist, die Rede sein. Demzufolge stellt der Kaufvertrag über ein solches Grundstück in Wirklichkeit ein auf Übergabe des Besitzes gerichtetes Rechtsgeschäft dar, das nach dem Gesetze unter keinem Formzwang steht (3).

II. Von einem anderen Autor (4) wird dagegen folgendermaßen argumentiert :

Das Rechtsverhältnis einer Person, die über ein nicht im Grundbuch aufgenommenes Grundstück die tatsächliche Gewalt hat, ist nicht immer nur Besitz. Es kann auch Eigentum sein. Wie aus den Beispielen Aneignung, Bildung von neuem Land und auch bei der Extratabularersitzung (5) hervorgeht.

(1) Art. 633, 930 entsprechen Art. 657, 972 d. schweiz. ZGB

(2) Art. 639 u. 887 entsprechen Art. 662 u. 919 d. schweiz. ZGB

(3) Diese Ansicht wurde von Postacıoğlu in seiner Dissertation von 1945 geäußert (S. 79 ff) und im Plenarbeschluß des türkischen Kassationsgerichtshofes von 1946 (s. S. 124 f) weitgehend berücksichtigt.

(4) Sungarbey, Diss. S. 72 N. 304 und S. 82 f; M. H. A. D., S. 191 N. 25; S. H. I. M., S. 72 - 74

(5) s. hinten S. 133 ff

In diesen Fällen (1) erlangen die Besitzer das Eigentumsrecht an dem noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstück, auch ohne Eintragung in das Grundbuch. Aus diesem Grunde kann man nicht behaupten, daß ein Kaufvertrag auf Übertragung eines nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücks wegen Fehlens des Eigentumsrechts nicht rechtsgültig zustandekommen kann.

Der Grund, weshalb solche Kaufverträge ungültig sind, ist deren Formfehler. Denn ein Kaufvertrag über ein solches Grundstück muß öffentlich beurkundet werden. Aber ein Kaufvertrag, der über ein Grundstück abgeschlossen worden ist, das nicht in das Grundbuch aufgenommen ist und an dem kein Eigentumsrecht besteht, kann als Vertrag anderer Art aufrechterhalten werden. (Konversion). Dieser Umwandlungsvertrag kann als "der Vertrag auf Besitzübertragung" genannt werden, für welchen keine öffentliche Beurkundung erforderlich ist. Eine solche Vertragsart ist angesichts des im Art. 19 der türk. und schweiz. OR manifestierten Prinzips der Vertragsfreiheit zulässig. Infolgedessen kann der Verkäufer aufgrund eines solchen Vertrages zur Übergabe des Besitzes des Grundstücks gezwungen werden.

Andererseits kann eine solche Möglichkeit nicht in Frage kommen für die Grundstücke, die nicht in das Grundbuch aufgenommen sind und auf die ein Eigentumsrecht besteht, da deren Kauf ein auf Übertragung des Eigentumsrecht gerichtetes Rechtsgeschäft darstellt und daher öffentlich beurkundet werden muß. Demzufolge kann Eigentumsübertragung auch nur durch die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

III. Nach einer anderen Lehrmeinung (2) ist das Rechtsverhältnis, das hinsichtlich der nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht, der Besitz.

Dennoch kann gemäß Art. 887 ZGB (3) die Übertragung solcher Grundstücke durch die Besitzübergabe erfolgen. Dies ist auch möglich, wenn an ihnen ein Eigentumsrecht besteht, das außerbuchlich entstehen kann (wie im Falle

(1) Dazu gehören auch die nach altem türkischen Recht entstandenen und nach Art. 37 des türk. Anwendungs- und Einführungsgesetzes zum ZGB gültig bestehenden dinglichen Rechte. s.S. 121 f

(2) Gürâl, S. 82 ff (84, 86, 95)

(3) Art. 887 entspricht Art. 922 d. schweiz. ZGB

der Extratabularersatzung). Also können trotzdem solche Grundstücke, d. h. an denen ein Eigentumsrecht besteht, auch durch formlose Einigung und Besitzübergabe übertragen werden. Aus diesem Grunde muß dies zugelassen werden, da bei solchen Grundstücken zugunsten des Besitzers eine Vermutung des Rechts besteht. Gewiß besteht nach Art. 905 ZGB (1) eine Vermutung des Rechts nur für denjenigen, der eingetragen ist. Dabei handelt es sich aber nur um die in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke. Das Gesetz enthält hinsichtlich der nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke darüber keine Bestimmung. Es besteht bezüglich der Vermutung des Rechts bei solchen Grundstücken eine Lücke im Gesetz. Für die Schweiz war eine solche Bestimmung nicht erforderlich, da dort schon sehr viel früher alle Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen worden sind. Anders aber in der Türkei. Daraus ergibt sich, daß die Schließung dieser Lücke im türkischen Recht von großer Bedeutung ist. Dies ist die Aufgabe des Richters gemäß Art. 1 des türk.-schweiz. ZGB. Nach Wieland und Hirsch (2) könnte diese Lücke mit der Annahme einer Vermutung des Eigentums für den Besitzer, der über nicht aufgenommene Grundstücke verfügt, geschlossen werden.

IV. Ein anderer Autor (3) argumentiert folgendermaßen :

Der Besitz ist kein dingliches Recht. Er ist nur eine tatsächliche Herrschaft über eine Sache, jedoch mit umfassenden Rechtswirkungen. Er kann daher nicht getrennt und selbständig (ohne daß hinter ihm ein Recht steht) als solcher den Gegenstand eines Veräußerungsvertrages bilden. Es ist nicht angebracht, die Bestimmungen des Gesetzes so auszulegen, daß sie einen Verstoß gegen die Grundprinzipien des ZGB darstellen, um nur die Veräußerung der in das Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücke zu ermöglichen. Dieses Problem kann nicht durch die Auslegung der Bestimmungen des Gesetzes vollkommen gelöst werden. Die Bestimmungen des ZGB über Grundstücke sind unter solchen Gesichtspunkten zusammengestellt, die die erfolgte Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch voraussetzen. Es wäre daher angesichts der türkischen Verhältnisse in Grundbuchsachen der richtige Weg, die Bestimmungen, die für solche Grundstücke anzuwenden wären, in einem zeitweiligen Sondergesetz zu erlassen. Durch ein solches Sondergesetz könnten die Grundstücke, die noch nicht in das Grundbuch aufgenommen worden sind, grundsätzlich den Bestimmungen des ZGB über bewegliche Sachen unterstellt

(1) Art. 905 entspricht Art. 937 d. schweiz. ZGB

(2) Festschrift, S. 791

(3) Reisoğlu, Ad. D. 58/2, S. 1300 ff und dessen Diss. S. 107 ff

werden. Da dies nicht geschah, müssen zur Lösung dieses Problems doch die Bestimmungen des ZGB herangezogen werden. Im Rahmen des ZGB wären folgende Wege denkbar, wobei verschiedene Möglichkeiten berücksichtigt werden müßten :

a) Der letzte Verkäufer (1) eines in das Grundbuch nicht aufgenommenen Grundstücks kann grundsätzlich das Grundstück von dem Besitzer, dem er den Besitz des Grundstücks freiwillig übertragen hat (1), zurückverlangen, vorausgesetzt, daß er an diesem Grundstück aus einem anderen Grund (2) als infolge Extratabularersitzung das Eigentumsrecht hat und der Besitzer, d. h. Käufer inzwischen noch nicht durch Extratabularersitzung Eigentümer geworden ist (3). Jedoch kann der Besitzer, der noch nicht durch Extratabularersitzung Eigentümer geworden ist, gegen die Rückgabebeforderung des Eigentümers die Einrede des Rechtsmißbrauchs erheben.

b) Der letzte Verkäufer eines noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücks hatte zu Anfang kein Eigentumsrecht an diesem Grundstück. Er hat es aber nach der Besitzübernahme des Grundstücks durch den Ablauf der Extratabularersitzungsfrist erworben. Er war schon Eigentümer, als er das Grundstück außerhalb des Grundbuches verkaufte und den Besitz übergab. In einem solchen Fall kann er das Grundstück nicht zurückverlangen. Der Grund dafür ist nicht der, daß eine gültige Übertragung des Grundeigentumsrechts stattgefunden hat, sondern lediglich der, daß der Besitzer, d. h. Käufer mit der Besitzübernahme Eigentümer geworden ist. Dies geschah aus dem Grund, weil er sich gemäß Art. 909 ZGB (4) den Besitz seines Vorgängers anrechnen durfte. In diesem Fall hatte sein Vorgänger, d. h. Verkäufer die für den Eigentumserwerb durch die Extratabularersitzung erforderliche Besitzdauer schon vollendet. Die Tatsache, daß der Verkäufer schon vor dem Verkauf Eigentümer geworden war, kann - solange die Eintragung im Grundbuch nicht erfolgte - die Anwendung des Art. 909 nicht verhindern.

-
- (1) Es wird immer von dem "letzten Verkäufer" und "jetzigen Besitzer" die Rede sein, da ein Rechtsstreit auf Rückgabe des Grundstücks in der Praxis am häufigsten zwischen diesen beiden entsteht.
 - (2) Darunter werden gemäß Art. 38 des türk. Einführungsgesetzes außerhalb des Grundbuches noch gültig bestehende dingliche Rechte des früheren Rechts verstanden.
 - (3) Aber er darf sich dabei den Besitz des Verkäufers, d. h. Eigentümers nicht anrechnen. Vgl. Art. 909 (= 941 d. schweiz.) ZGB.
 - (4) Art. 909 entspricht Art. 941 d. schweiz. ZGB

c) Wenn der letzte Verkäufer den Besitz des von ihm verkauften Grundstücks, das in das Grundbuch nicht aufgenommen worden ist, durch verbotene Eigenmacht erlangt hat und an diesem noch kein Eigentumsrecht durch Extratabularersitzung erworben hat, kann er das Grundstück, dessen Besitz von ihm freiwillig dem Käufer übergeben worden ist, nicht zurückverlangen. Es steht ihm keine Klage zu, die ihm einen Anspruch auf Rückgabe des Grundstücks gewähren würde.

d) Der letzte Verkäufer eines noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücks hat daran kein Eigentumsrecht. Aber sein Besitz stützt sich auf den entsprechenden Willen seines Vorgängers. Er hat also das Grundstück durch einen formlosen Kauf in seinen Besitz genommen. In diesem Fall besteht für ihn keine Klage auf Rückgabe aus dinglichem Recht.

Jetzt kommt es für die Entscheidung über den Rückgabeanspruch darauf an, welcher von den früheren Besitzern, d.h. Verkäufer oder jetziger Besitzer "das bessere Recht zum Besitz" hat (1). Eine solche Feststellung hat nach den Bestimmungen der Art. 902, 904 ZGB (2) zu erfolgen. Danach ist entscheidend, wie der Besitzer den Besitz erworben hat.

Daher kann der jetzige Besitzer, der zu diesem Besitz durch verbotene Eigenmacht gelangt ist, durch eine Besitzrechtsklage zur Rückgabe gezwungen werden. Demgegenüber kann der Verkäufer, der selbst zu dem Besitz des Grundstücks durch einen formlosen Kauf gekommen ist, und es - mit der Absicht, das Eigentum zu übertragen - dem Käufer übergeben hat, nicht die Rückgabe des Grundstücks verlangen. Denn erstens hat er keinen Herausgabeanspruch aus Eigentum, weil er kein Eigentümer ist; zweitens steht ihm auch eine Besitzrechts- und Besitzklage nicht zu, da hier von einem bösen Glauben oder einer verbotenen Eigenmacht des Käufers nicht gesprochen werden kann.

V. Nach einer anderen Lehrmeinung (3) kann ein Kaufvertrag über das in das Grundbuch nicht aufgenommene Grundstück nicht gültig abgeschlossen

-
- (1) Es muß unterstrichen werden, daß hier nicht die Frage untersucht wird, welcher von beiden ein dingliches Recht hat. Denn von den beiden Streitenden hat keiner in diesem Fall ein dingliches Recht an dem nicht in das Grundbuch aufgenommene Grundstück. Da es sich hier aber um einen Rechtsstreit handelt, muß auch eine Lösung gefunden werden.
 - (2) Art. 902, 904 entsprechen Art. 936, 938 d. schweiz. ZGB
 - (3) Tekinay, S. 134 ff. unter 6 - 7

werden, da auch für solche Grundstücke die Bestimmungen der Art. 634 ZGB und Art. 213 OR anzuwenden sind, wonach ein solcher Kaufvertrag öffentlich beurkundet werden muß. Im türkischen Recht sind zur öffentlichen Beurkundung die Grundbuchführer zuständig. Es ist auch ihre Pflicht, dabei die Verfügungsrechte der Parteien zu prüfen. Weil das Grundstück in das Grundbuch nicht aufgenommen worden ist, müssen die Grundbuchführer ihre Mitwirkung versagen. Dadurch ergibt sich, daß ein solcher Kaufvertrag von den Parteien nur formungültig, also ohne öffentliche Beurkundung, abgeschlossen werden kann. Ein solcher ungültiger Kaufvertrag kann auch nicht durch die Annahme, daß hier in Wirklichkeit ein zur Übergabe des Besitzes gerichtetes Rechtsgeschäft geschlossen wurde (1), oder durch Konversion (2) geheilt werden. Demzufolge ist der Käufer keinesfalls befugt, aufgrund eines solchen Kaufvertrages die Übergabe des Grundstückes zu verlangen.

Die Sache wird aber anders, wenn der Verkäufer freiwillig den Besitz dem Käufer übergeben hat. Dann kann der Verkäufer das Grundstück aufgrund des Formmangels nicht zurückverlangen. Dies ergibt sich durch die folgende Auslegung der Artikel 639 und 909 ZGB (3). Nach Art. 639 kann der Besitzer eines nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstückes verlangen, daß er als Eigentümer eingetragen werde, wenn er dieses Grundstück ununterbrochen und unangefochten während 20 Jahren (4) als sein Eigentum besessen hat. Dabei darf er gemäß Art. 909 ZGB sich den Besitz seines Vorgängers anrechnen. Dafür ist nur eine gültige (gesetzliche oder vertragliche) Rechtsnachfolgerschaft zwischen beiden erforderlich. Es muß also hinsichtlich der Bestimmung des Art. 909 als normal angesehen werden, daß der Wille zur Besitzübergabe seitens des ersten Besitzers in einem formungültigen Vertrag (Kauf, Schenkung, Tausch) geäußert werde. Denn beim Erlaß einer solchen Bestimmung (Art. 909) ist man sicher nicht davon ausgegangen, daß die nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke, wie die aufgenommenen, aufgrund eines öffentlich beurkundeten Vertrages und der Eintragung in das Grundbuch veräußert werden.

Art. 909 ZGB mißt der Erfüllung eines ungültigen Kaufvertrages - also der Besitzübergabe aufgrund eines formlosen und demzufolge nichtigen Kaufver-

(1) s. S. 127 unter I.

(2) s. S. 127 unter II.

(3) Art. 639 und 909 entsprechen Art. 662 u. 941 d. schweiz. ZGB

(4) Im schweiz. Recht beträgt die Ersitzungsfrist 30 Jahre, s. S. 145

trages - eine rechtliche Bedeutung bei. Er schützt sogar eine solche Besitz-
übergabe, anstatt sie für nichtig zu erklären, da er dem Besitzer das Recht
einräumt, sich den Besitz seines Vorgängers anzurechnen. Der im Text des
Artikels gebrauchte Ausdruck "der zur Ersitzung berechtigte Besitzer" hätte
keinen Sinn, wenn der Art. 909 ZGB nicht verhindern würde, daß der Ver-
käufer den von ihm übergebenen Besitz des Grundstücks zurückverlangt.
Wäre übrigens für den Verkäufer ein Anspruch auf Rückgabe des Grundstücks
bis zur Vollendung der Extratabularersitzungsfrist möglich, so könnte nicht
zugunsten des neuen Besitzers, d.h. des Käufers, von einer "Berechtigung
zur Ersitzung", sondern nur von einer bloßen Nutzung des Grundstücks ge-
sprochen werden.

§ 11 Die besondere Bedeutung der Extratabularersitzung im türkischen
Recht zum Erwerb der noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen
Grundstücke

A) Begriff und Arten der Ersitzung

Sie ist der Erwerb des Rechtes an einer Sache auf Grund eines längere Zeit
andauernden, unangefochtenen Besitzes derselben, wobei mit diesem Rechts-
erwerb der Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten verbunden ist (1). Das
ZGB regelt die Ersitzung bei der Ordnung des Grundeigentums und betrach-

- (1) Haab, Art. 661/663 N. 1; nach Pfister (S. 11) ist die Ersitzung der beim
Vorliegen gewisser durch die positive Rechtsordnung bestimmter Vor-
aussetzungen mögliche Rechtserwerb durch fortgesetzten Besitz, mithin
eine Art und Weise, Eigentum und eigentümähnliche Rechte schlecht-
hin (ipso iure) zur Entstehung zu bringen, s. über die dieses Institut
rechtfertigenden, rechtspolitischen Gründe, ebda S. 11 ff u. 20 ff; v. Tuhr
(OR) II, S. 602 f; Haab, Art. 661/663, N. 1; Jenny, SJZ, S. 173

tet sie als eine Erwerbsart des Eigentums (1). Das Gesetz unterscheidet zwei Arten der Grundeigentumsersetzung (2): einmal die Tabularersetzung (auch ordentliche oder Buchersetzung genannt), die im ZGB in Art. 638 (3) geregelt ist, und sodann die Extratabularersetzung (auch außerordentliche oder Blankoersetzung genannt), die ihre Regelung in Art. 639 (4) gefunden hat.

Durch die Tabularersetzung wird ein ohne gültigen Rechtsgrund im Grundbuch erfolgter Eintrag mit dem tatsächlichen Zustand in Übereinstimmung gebracht. Hier liegt ein Eintrag im Grundbuch vor. Er gibt Auskunft über den Eigentümer. Aber der vorliegende Eintrag ist ungerechtfertigt, weil der eingetragene Eigentümer in Wirklichkeit nicht Eigentümer geworden ist. Die Tabularersetzung erfordert gutgläubigen, zehn Jahre dauernden Eigenbesitz und verschafft dem Eingetragenen ohne weiteres das Eigentum (5). Sie ist die Ersetzung zugunsten eines im Grundbuch eingetragenen Nichteigentümers (6).

Bei der Extratabularersetzung versagt dagegen die Publizität des Grundbuches. Entweder sind die Grundstücke, obwohl sie dem Buchungszwang unterstehen, nicht in das Grundbuch aufgenommen oder deren Eigentümer ist nicht bekannt. Durch die Extratabularersetzung wird der in das Grundbuch nicht eingetragene Besitzer (7) nur auf Grund eines gewisse Zeit andauernden Besizes Eigentümer. Sie setzt weder guten Glauben noch einen gültigen Rechtsgrund des Besitzers voraus.

Eine dritte Art der Ersetzung, namentlich die sog. Kontratabularersetzung; bei welcher der nicht eingetragene Besitzer das Eigentum an einem im Grundbuch figurierenden Grundstück mit eingetragenem, bekanntem Eigentümer erwirbt, ist dagegen im schweiz.-türk. Recht nicht vorgesehen (8).

-
- (1) Jenny, SJZ, S. 173; Pfister, S. 19 f; Sungurbey, İ. H. F. M. S. 270; Reisoğlu, S. B. F. D. S. 361; Velidedeoğlu/Esmer, S. 246
 - (2) Nach Art. 701 (= 728 d. schweiz.) ZGB kann auch das Eigentum an Fahrnis durch Ersetzung erworben werden.
 - (3) Art. 638 entspricht Art. 661 d. schweiz. ZGB
 - (4) Art. 639 entspricht Art. 662 d. schweiz. ZGB
 - (5) Meier-Hayoz, Art. 661 N. 1
 - (6) Meier-Hayoz, Art. 662, N. 3; Guhl, ZBJV, S. 244; Haab, Art. 661/663, N. 3
 - (7) Meier-Hayoz, Art. 662, N. 1; Haab, Art. 661/663, N. 3; Guhl, ZBJV, S. 244
 - (8) Meier-Hayoz, Art. 661, N. 2 u. 15; Haab, Art. 661/663, N. 3; Jenny, SJZ 39, S. 178; Guhl, ZBJV, S. 247; Pfister, S. 41; BGE 50 II 122; BGE 52 II 25; Sungurbey, İ. H. F. M. S. 279; Saymen/Elbir, S. 211; Velidedeoğlu/Esmer, S. 251; Olgaç/Karahasan, S. 142 f; Akgün, Ad. D. 1952/11, S. 1312 f; Die Beschlüsse d. 5. Zivilsenats v. 30. 11. 1950, Nr. 4853/4254; d. vereinigten Zivilsenate v. 11. 10. 1950, Nr. 3-289/185-66; der 7. Zivilsenat v. 20. 6. 57, Nr. 5776/7744; der vereinigte Zivilsenat v. 22. 4. 1952, Nr. 1-2/30; der 7. Zivilsenat v. 31. 8. 1955, Nr. 4012/8398.

B) Die praktische Bedeutung der Extratabularersitzung

I. Im schweizerischen Recht

In einem Land, in dem schon die Grundbücher angelegt und alle dem Buchungszwang unterliegenden Grundstücke in diese Grundbücher aufgenommen worden sind, muß auch das Institut der Extratabularersitzung entsprechen geringere Bedeutung haben. Die Notwendigkeit dieses Instituts verringert sich bei einem Grundbuchsystem mit entsprechender Verwirklichung des Schutzes gutgläubigen Erwerbs und des Eintragungsprinzips (1).

Trotzdem kann aber dieses Institut nicht völlig entbehrt werden mit Rücksicht darauf, - abgesehen von der hervortretenden Notwendigkeit im Falle der Tabularersitzung - daß es doch Grundstücke geben kann, die nicht in das Grundbuch aufgenommen worden sind, oder deren Eigentümer nicht bekannt ist, wie in den in Abs. 2 d. Art. 662 vorgesehenen Fällen (2).

Da in der Schweiz noch nicht überall das eidgenössische Grundbuch eingeführt worden ist, sind die Kantonalen Register oder Kantonalen Publizitätseinrichtungen als Ersatz herangezogen worden (3). Während aber die meisten Kantonalen Register mit voller Grundbuchwirkung ausgestattet sind und

(1) Meier-Hayoz, Art. 661 N. 1

(2) Meier-Hayoz, Art. 661 N. 1; - Jenny (SJZ 39, S. 174) begründet diese Notwendigkeit mit folgenden Worten: "Das Institut der Ersitzung von Grundeigentum ist letzten Endes auf die Unzulänglichkeit jeder menschlichen Einrichtung und so auch des Grundbuches zurückzuführen. Wäre jede Möglichkeit eines Fehlers bei der Grundbuchführung und jede Diskrepanz zwischen Buchaussage und wahrer Rechtslage von Anfang an und im Ablauf des funktionellen Bestandes des Grundbuches auszuschalten, so wäre eine Ersitzung für dingliche Rechte an Grundstücken praktisch entbehrlich. Jedoch läßt sich auch der sorgfältigste und technisch beste Ausbau des Grundbuchinstituts nicht von allen Fehlerquellen freihalten. Das Grundbuch wird schließlich von Menschen geführt." Nach Guhl (S. 243) verdankt das Institut der Grundeigentumsersitzung seine Existenz der Unvollkommenheit der Menschen; es ist dazu bestimmt, deren Fehler und Schwächen, soweit sie sich im Rechtsverkehr mit dem Grundeigentum und mit dem Grundbuch äußern, zu korrigieren und zu heilen. - s. weiter dazu Pfister, S. 22 f.

(3) s. darüber noch S. 121

als vollen Ersatz gelten, werden Kantonale Publizitätseinrichtungen nur als teilweiser Ersatz, nämlich ohne Grundbuchwirkung gegenüber gutgläubigen Dritten, anerkannt. Bei letzteren tritt daher die Notwendigkeit des Ersitzungsinstituts in größerem Maße auf. Hier, soweit die Tabularersitzung in Betracht kommt, ist nicht nur derjenige, welcher auf Grund eines unverbindlichen Rechtsgeschäfts oder ohne Rechtsgrund erwirbt, sondern auch derjenige, welcher von diesem ungerechtfertigt Eingetragenen gutgläubig erwirbt, für den gültigen Eigentumserwerb auf die heilende Macht der Zeit angewiesen (1).

In Bezug auf die Extratabularersitzung ist zu bemerken, daß die Ersatzregister erfahrungsgemäß größere Lücken hinsichtlich der aufnahmepflichtigen Grundstück aufweisen, wie sie auch eher Unrichtigkeiten über die Eigentumszuständigkeit enthalten. Daraus ergibt sich die Folge, daß die Extratabularersitzung in diesen Gebieten eine häufigere Anwendung finden kann als dort, wo das eidgenössische Grundbuch eingeführt ist (2).

II. Im türkischen Recht

Wie bisher öfter geschildert wurde, sah die Lage in der Türkei über Grundstücksaufnahmen und über die Errichtung der Grundbücher ganz anders aus, so daß man sie als das Gegenteil der schweizerischen bezeichnen kann. Diese Tatsache erklärt allein, was für eine besondere Bedeutung das Institut der Extratabularersitzung für das türkische Recht hat. Es sieht so aus, - aus der Tatsache, daß die Verwirklichung der Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch in der Türkei noch vieler Jahrzehnte bedarf - (3), daß dieses Institut auch in baldiger Zukunft seine besondere Bedeutung für das türkische Recht nicht verlieren wird. Heute beschränkt sich die Publizität des Grundbuches in der Türkei nur auf eine sehr beschränkte Zahl von Grundstücken. Der Eigentumserwerb für die meisten der übrigen Grundstücke vollzieht sich nach der heutigen türkischen Praxis durch Extratabularersitzung. Die Extratabularersitzung findet im türk. Recht nicht nur in dem meist genannten Fall, in dem der Ersitzende durch verbotene Eigenmacht in den Besitz des Grundstücks gelangt ist, Anwendung. Sie ist auch ein Weg zur Eigentumsübertragung der in das Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke (4).

(1) Meier-Hayoz, Art. 661 N. 3; Haab, Art. 661/663 N. 2; Jenny, SJZ 39, S. 190

(2) Jenny, SJZ 39, S. 190

(3) s. S. 152

(4) In gleichem Sinne Reisoglu, S. B. F. D., S. 362

Wer sein in das Grundbuch noch nicht aufgenommenes Grundstück veräußern will und sich dabei vor dem gesetzlichen Weg scheut, sein Grundstück z. B. durch einen Extratabularbeschluß, auf seinen Namen eintragen zu lassen und dann das Eigentum zu übertragen, verschafft das Eigentum dem Erwerber durch Besitzübergabe und daher durch Extratabularersitzung (Art. 639 und 909 ZGB). Falls der Besitzer selbst noch nicht Eigentümer geworden ist, ist die dadurch erfolgte Rechtsaktion, - mit den Worten des Plenarbeschlusses des Kassationsgerichtshofes von 1946, Nr. 12 - "eine Übertragung des Besitzrechts durch den Besitzer, die dem Käufer später auch das Eigentumsrecht dieses Grundstücks verschafft hätte". Wie das Gericht in gleichem Plenarbeschluß weiter festgestellt hat, ist zur Übertragung des Besitzrechts im Gesetz keine öffentliche Form vorgeschrieben; auch ist eine solche Übertragung nicht verboten (1).

C) Die Regelung der Extratabularersitzung

I. Anwendungsfälle der Extratabularersitzung (2)

Die Extratabularersitzung ist in folgenden Fällen möglich :

a) Das Grundstück ist nicht in das Grundbuch aufgenommen. Während in der Schweiz die Nichtaufnahme eines unter Privateigentum stehenden Grundstücks in das Grundbuch einen ganz besonderen Ausnahmefall bildet (3), ist

(1) s. die obige Ausführung S. 124 ff

(2) Vgl. Meier-Hayoz, Art. 662 N. 4-9

(3) Die schweiz. Kommentatoren führen die "Möglichkeit" einer Nichtaufnahme mit den folgenden Worten aus : "sei es, daß die Aufnahme bei der Anlegung des Grundbuches versehentlich unterlassen worden ist, sei es, daß das Grundstück damals als öffentliche oder herrenlose Sache dem Buchungszwang nicht unterworfen war und in der Folge einem Privaten überlassen worden ist, ohne daß es in das Grundbuch aufgenommen und der Eigentümer eingetragen wurde. Möglich ist auch, daß es sich um neugebildetes Land im Sinne des Art. 659 handelt, das, von dem hierauf berechtigten (Staat, Anstößer, Gemeinde) ignoriert, von einem anderen in Besitz genommen worden ist."

Meier-Hayoz, Art. 662, N. 4

dies in der Türkei bei 60 % der Grundstücke der Fall. Außer dieser Hauptschwierigkeit machen in der Türkei folgende zwei Zustände die Lage noch schwieriger. Erstens ist eine Feststellung nicht immer möglich, ob ein Grundstück in das Grundbuch schon aufgenommen worden ist oder nicht (1). Es kommt daher in der türkischen Rechtspraxis sehr oft vor, daß in das Grundbuch aufgenommene Grundstücke durch die Nichtfeststellung dieses Zustandes durch den Extratabularersitzungsbeschluß nochmals in das Grundbuch aufgenommen werden. Es liegen deshalb für das gleiche Grundstück häufig zwei Eintragungen vor (2).

Eine weitere Schwierigkeit bilden die nach dem früheren Recht erfolgten Grundstücksaufnahmen. Im türk. Recht mußte durch den Kassationsgerichtshof festgestellt werden, welche von den nach dem früheren Recht erfolgten Grundbuchaufzeichnungen, z. B. die verschiedenen Bescheinigungen oder Grundstücksaufnahmen in sog. Zählungsbüchern als Grundstücksaufnahmen gelten sollten (3).

In diesem Zusammenhang bilden die öffentlichen und herrenlosen Grundstücke ein weiteres schwieriges Kapitel des türk. Rechts. Nach Art. 912, Abs. 1 ZGB (4) werden solche Grundstücke grundsätzlich nicht in das Grundbuch aufgenommen. Sie stehen unter der Hoheit des Staates (Art. 641 ZGB) (5).

-
- (1) s. dazu die Ausführ. vorne S. 104
 - (2) Velidedeoğlu/Esmer, S. 251 f. Solche Fälle sind jedoch dort nicht mehr möglich, wo die Grundstücksaufnahmen aufgrund der Katasteraufnahmen nach dem Gesetz von 1934, Nr. 2163 und von 1964, Nr. 509 erfolgen. S. die folgende Ausführ. über die Bemühungen im türk. Recht zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch, S. 151 ff.
 - (3) s. in Velidedeoğlu/Esmer, S. 254; in Olgac/Karahasan unter Nr. 80 ff; in Akalin, Nr. 160, 176 zitierte Beschlüsse des türk. Kassationsgerichtshofes.
 - (4) Art. 912 entspricht Art. 944 d. schweiz. ZGB
 - (5) Art. 641 entspricht Art. 664 d. schweiz. ZGB. Dort lautet der erste Satz wie folgt: "Die herrenlosen und die öffentlichen Grundstücke stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden". Hier muß die Hoheit der Kantone gemeint sein. Im Sinne dieser Artikel kommt deshalb die Hoheit über solche Grundstücke jenem Kanton zu, in dessen Gebiet sie liegt. Meier-Hayoz, Art. 664 N. 15.
 - (5) Meier-Hayoz, Art. 664 N. 145 und dortige Zitate; Jenny, SJZ, S. 175 u. 178; Guhl, ZBJV, S. 247; Leemann, Art. 664, N. 4 u. 25; Pfister, S. 42 u. 135 ff; Wieland, Art. 662, N. 2a; Haab, Art. 661/663, N. 19; BGE 52 II 120/21.

Nach überwiegender Auffassung der schweizerischen (1) und türkischen (2) Lehre und Rechtsprechung können die öffentlichen Grundstücke und im Sinne von Art. 641 ZGB herrenlosen Sachen (3) nicht auf dem Wege der Extratabularersitzung erworben werden, solange der öffentliche Gebrauch dauert und soweit das zu ersitzende Recht damit unverträglich ist.

Was als öffentliche Sache anzusehen ist und ob die öffentlichen Sachen - abgesehen von öffentlichen Sachen des Bundes - den privatrechtlichen Normen und dem Privatrechtsverkehr (und damit auch der Ersitzung) unterliegen, bestimmt in der Schweiz das kantonale öffentliche Recht (4). Die von den einzelnen Kantonen getroffene Regelung ist den Einführungsgesetzen zum ZGB und der Verwaltungsgesetzgebung sowie den darauf sich stützenden Verwaltungs- und Gerichtsentscheiden zu entnehmen. Auch die früheren kantonalen Zivilgesetze können hierbei in Betracht kommen (5).

Im türkischen Recht dagegen sind dafür die einheitlichen Bestimmungen erforderlich. Obwohl in der türk. Verwaltungslehre der Begriff der öffentlichen Sachen gebührend erfaßt worden ist, bestehen in der Gesetzgebung viele Lücken. So wurden im letzten Satz des Art. 641 d. türk. ZGB die angekündigten "über die Ausbeutung und dem Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen" erforderlichen Bestimmungen bisher noch nicht erlassen (6). Es wird heute im türkischen Recht versucht, diese Lücke durch die Rechtsprechung zu füllen. Das Fehlen der eindeutigen gesetzlichen Bestimmungen (7)

- (1) Meier-Hayoz, Art. 664 N. 145 und dortige Zitate; Jenny, SJZ 39, S. 175 u. 178; Guhl, ZBJV, S. 247; Leemann, Art. 664, N. 4 u. 25; Pfister, S. 42 u. 135 ff; Wieland, Art. 662, N. 2a; Haab, Art. 661/663, N. 19; BGE 52 II 120/21.
- (2) Gülümser, I. H. F. M. S. 281; Gürâl, S. 73; Olgaç/Karahasan, S. 31 ff; Akgün, Ad. D. 1952/11, S. 1311 f; Akalın, S. 411 ff; Die Beschlüsse d. 1. Zivilsenats v. 2. 11. 1951, Nr. 4671/934 u. v. 23. 6. 1950, Nr. 869/1885.
- (3) Meier-Hayoz, Art. 661, N. 7 u. 664 N. 12; Pfister, S. 42 N. 61
- (4) Pfister, S. 135 ff; Meier-Hayoz, Art. 664, N. 158 ff; Jenny, SJZ 39, S. 175
- (5) Meier-Hayoz, Art. 664, N. 51
- (6) Darüber wurde ein Gesetzesentwurf von den zwei Rechtsgelehrten der İstanbuler Universität - Mardin u. Onar - vorbereitet. Dieser Entwurf wurde auch von der Regierung dem Parlament vorgelegt. Er wurde aber später von der Regierung wieder zurückgezogen.
- (7) Es befinden sich jedoch darüber einige Vorschriften in verschiedenen Gesetzen: U. a. Art. 8 d. Stiftungsgesetzes, Nr. 2762; Art. 6 d. Ergänzungsgesetzes, Nr. 5618 zum Gesetz zur Verteilung von Ländereien an Bauern v. 1945, Nr. 4753; Art. 12 d. Gesetzes über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch v. 1964, Nr. 503. Vgl. Sungurbey, I. H. F. M., S. 281 f; Velidedeoğlu/Esmer, S. 255 f.

verursacht den Verlust der eigentlich dem Staat gehörenden öffentlichen Grundstücke. Insbesondere in den Dörfern wird von den Bauern versucht, dem Gemeingebrauch dienende öffentliche Grundstücke, wie Weiden, auf dem Wege der Extratabularersitzung zu erwerben. Der türk. Kassationsgerichtshof mußte bisher unzählige Beschlüsse fassen, in denen als öffentliche Sachen geltender und daher nicht zu ersitzende Liegenschaften einzeln mit ihren Merkmalen aufgeführt sind (1).

b) Der Eigentümer ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Hier ist das Grundstück zwar in das Grundbuch aufgenommen, aber der Eigentümer ist daraus nicht ersichtlich, da die Bezeichnung des Eigentümers so ungenau ist, daß dessen Identität nicht bestimmt werden kann; oder der Name des bisherigen Eigentümers ist gestrichen worden, wobei unterlassen wurde, den neuen Eigentümer einzutragen (2); oder es liegt ein Doppeleintrag im Grundbuch vor. Es bestehen für ein Grundstück zwei Grundbuchaufnahmen mit verschiedenen Eigentümerangaben, ohne daß zwischen diesen beiden eine Rechtsnachfolgerschaft besteht (3). Ein weiteres Beispiel dazu bildet der folgende Fall, der im türk. Recht öfter vorkommt (4): Im alten türk. Recht bis 1912 waren den juristischen Personen - außer einigen Ausnahmen - die grundbuchrechtlichen Verfügungen verboten. Demgemäß konnten solche juristische Personen in das Grundbuch als Eigentümer nicht eingetragen werden. Aus diesem Grund wurden die Grundstücke der juristischen Personen im Grundbuch auf den Namen einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Person eingetragen. Weil in solchen Fällen der Eigentümer aus dem Grundbuch nicht als ersichtlich betrachtet werden kann, ist die Extratabularersitzung bei diesen Grundstücken möglich.

- (1) s. dazu die ausf. Ausführungen mit der Abschrift der wichtigen Beschlüsse d. Kassationsgerichtshofes insb. Olgaç/Karahasan, S. 31 ff; weiter Akalın, S. 411 ff; Velidedeoğlu/Esmer, S. 254 ff; Akgün, Ad. D. 1952/11, S. 1309 ff
- (2) Meier-Hayoz, Art. 662, N. 6; Leemann, Art. 662, N. 4; Reisoğlu, S. B. F. D. S. 366; Saymen/Elbir, S. 212; a. M. Gülümser, İ. H. F. M., S. 285 f (nach ihm bleibt der früher Eingetragene Eigentümer, solange der neue Eigentümer nicht eingetragen ist). - Wenn dagegen der bisherige Eigentümer auf sein Eigentum verzichtet hat (Dereliktion), so bedarf es zum Eigentumserwerb nicht der Ersitzung, sondern es genügt die bloße Aneignung. Meier-Hayoz, Art. 662, N. 6 u. dortige Zitate; Gülümser, İ. H. F. M., S. 286; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 360, N. 11.
- (3) Reisoğlu, S. B. F. D., S. 366
- (4) s. darüber Ausf. Velidedeoğlu/Esmer, S. 258 u. 122 ff; Gülümser, İ. H. F. M., S. 286; Olgaç/Karahasan, S. 81

c) Der eingetragene Eigentümer ist tot oder für verschollen erklärt. Nach schweiz. Juristen (1) kommt diese Anwendungsmöglichkeit in folgenden Fällen in Frage: "Wenn der verstorbene Eigentümer keine Erben hinterlassen hat oder wenn diese ebenfalls nicht bekannt waren und wenn keine amtliche Liquidation im Sinne des Art. 573 ZGB stattgefunden hat, oder wenn in dieser Liquidation das Grundstück übersehen worden ist".

Im türk. Recht (2) wird fast übereinstimmend die Meinung geäußert, daß der Erwerb durch Extratabularersitzung auch möglich ist, wenn der verstorbene Eigentümer Erben hinterlassen hat. Es kommt hier nicht darauf an, ob ein Erbe vorhanden ist oder nicht. Nach Art. 448 ZGB (3) fällt die Erbschaft in letzter Linie an den Staat. Es ist daher in unserem Recht nicht denkbar, daß jemand stirbt, ohne einen Erben zu hinterlassen. Eine derartige Beschränkung hätte die Möglichkeit der Extratabularersitzung in solchen Fällen ausgeschlossen.

In diesem Zusammenhang führte die folgende Frage im türk. Recht zu einer Auseinandersetzung: Kann sich ein Miterbe gegen die anderen Miterben auf die Ersitzung berufen?

Der türk. Kassationsgerichtshof hat in seinem Plenarbeschluß v. 27. 4. 1949, Nr. 7/7 diese Frage für den Fall bejaht, daß keine Erbschaftsklage sondern nur ein Herausgabeanspruch geltend gemacht wird. Das Gericht hat in seinem Beschluß insbesondere auf die Unterschiede zwischen Erbschaftsklage und rei vindicatio wie folgt hingewiesen: "Verlangt ein Miterbe von einem anderen Miterben ein Grundstück, das auf den Namen des gemeinsamen Erblassers eingetragen steht, mit der Erbschaftsklage heraus, so sind die Art. 578, 579 ZGB (4) anwendbar, besteht dagegen zwischen den Erben kein Streit über die Erbschaft und wird der Herausgabeanspruch geltend gemacht, so sind die allgemeinen Vorschriften der Art. 638, 639 ZGB über die ordentliche und außerordentliche Ersitzung anwendbar" (5).

-
- (1) Meier-Hayoz, Art. 662, N. 7 u. dortige Zitate; weiter Pfister, S. 42.
 - (2) Sungurbey, I. H. F. M., S. 287; Olgaç/Karahasan, S. 72; Velidedeoğlu/Esmer, S. 258 f; Die Beschlüsse d. türk. Kassationsgerichtshofes lauten auch im gleichen Sinne; s. 1. Zivilsenat v. 4. 7. 1950, Nr. 1484/3097; 5. Zivilsenat v. 25. 1. 1951, Nr. 5596/380; vereinigte Zivilsenate v. 11. 3. 1953, Nr. 1/26 - 26.
 - (3) Art. 448 entspricht Art. 466 d. schweiz. ZGB
 - (4) Art. 578, 579 entspricht Art. 599, 600 d. schweiz. ZGB
 - (5) Hirsch, SJZ 50, S. 346

Das schweiz. Bundesgericht hat dagegen in einer Entscheidung (1) die folgende Auffassung vertreten (2): "Solange die Erbengemeinschaft durch Teilung nicht aufgehoben ist, besteht Gesamteigentum. Daher können bis zur Teilung weder die Erbschaft als Ganzes noch einzelne Erbschaftsgegenstände herausverlangt werden. Bei ungeteilter Erbschaft ist für eine Erbschaftsklage im Sinne des Art. 598 ff. ZGB unter Miterben in der Tat kein Raum. Jeder Miterbe hat nach Art. 604 ZGB einen unverjährbaren Anspruch auf Teilung, daher bis zur Teilung ein unverjähbares Anteilsrecht. Sind Erbschaftssachen im tatsächlichen Gewahrsam eines einzelnen Erben, so besitzt dieser nicht für sich allein, sondern für die Erben insgesamt. Solange die Erbengemeinschaft besteht, bedürfen die Miterben untereinander demnach nicht der Erbschaftsklage. Nach Art. 560 - 602 ZGB gelten sie alle als Besitzer zu gesamter Hand". Danach schließt das schweiz. Bundesgericht bis zur Teilung die Möglichkeit des Allein- und Eigenbesitzes eines Miterben über Erbschaftssachen aus, obwohl diese unter seinem tatsächlichen Gewahrsam stehen. Daher ist es praktisch unmöglich, vor der Teilung die Voraussetzungen für den Erwerb der Erbschaftsgegenstände durch Extratabularersitzung zu schaffen (3).

Nachdem im türk. Recht durch ein Gesetz v. 1954, Nr. 6333 der Art. 639 d. türk. ZGB über Extratabularersitzung geändert wurde (4), erforderte diese

-
- (1) BGE 69 II 366; Vgl. weiter 45 II 525; 50 II 449
 - (2) Im schweiz. Recht hat jedoch die Antwort auf diese Frage keine praktische Bedeutung. Nach dortiger Auffassung findet die Bestimmung d. Art. 599 Abs. 2 Anwendung nur gegenüber dem gutgläubigen Besitzer beweglicher Sachen, also nicht bei der Ersitzung von Liegenschaften. "Hier ist ohnehin keine Möglichkeit vorhanden, daß die Ersitzung vor dem Ablauf der Verjährungsfrist der Erbschaftsklage eintritt. Ersitzung ist hier nur möglich durch zehnjährigen gutgläubigen Besitz (im Fall der Tabularersitzung) und durch 30-jährigen bei der außerordentlichen Ersitzung (661, 662). Da diese Fristen ebenso lange oder länger sind als die für die Verjährung der Erbschaftsklage geltenden, besteht keine Gefahr, daß der Besitzer sich gegenüber der Erbschaftsklage auf Ersitzung berufe". (Escher, Art. 599, N. 25, 26). In Art. 639 d. türk. ZGB wurde aber die Frist bei der Extratabularersitzung von 30 auf 20 Jahre herabgesetzt (s. S. 145). Also kann nach türk. Recht über ein Grundstück die Extratabularersitzung in 20 Jahren, also vor dem Ablauf der Verjährungsfrist der Erbschaftsklage eintreten. Daher besteht die Möglichkeit, daß sich der Besitzer gegenüber der Erbschaftsklage auf die Ersitzung beruft.
 - (3) Vgl. Reisoğlu, S. B. F. D., S. 368 f; Ad. D. 1957/11, S. 993 ff; Diss. S. 37 ff
 - (4) s. dazu unten S. 148

Gesetzesänderung auch eine Überprüfung der früher gefaßten Plenarbeschlüsse d. Kassationsgerichtshofes. Hierbei muß der Plenarbeschluß v. 26. 5. 1954, Nr. 7/17 besonders erwähnt werden. In diesem Beschluß, in dem insbesondere das Moment des Eigentumserwerbs durch Extratabularersitzung behandelt worden ist (1), wurde noch folgendes festgestellt: "Da durch die Gesetzesänderung zum Erwerb des Eigentumsrechts durch Extratabularersitzung neue Voraussetzungen hinzukamen, ist die im Plenarbeschluß v. 1949, Nr. 7/7 entwickelte Regel über die Ersitzung der Erben nicht mehr mit dem neuen Text zu vereinbaren und daher nicht mehr anwendbar". Was sollte unter diesem Satz verstanden werden? Hatte das Gericht damit gemeint, daß sich ein Miterbe gegen die übrigen Miterben auch im Falle der Geltendmachung eines Herausgabeanspruches nicht mehr auf die Ersitzung berufen konnte; oder hatte das Gericht seine Ansicht im Prinzip nicht geändert? Das Gericht wollte damit nur auf die Notwendigkeit hinweisen, die durch den neuen Gesetzestext hinzugekommenen Vorschriften über die amtliche Auskündung und über die Einspruchsfrist auch in diesem Fall zu berücksichtigen. Also kann sich ein Miterbe gegen die anderen Miterben im Falle der Geltendmachung eines Herausgabeanspruches (aber wie schon festgestellt ist, nicht im Falle einer Erbschaftsklage) weiterhin auf die Ersitzung berufen. Aber er muß auf die Erfüllung und auf das Ergebnis der amtlichen Auskündung und der Einspruchsfrist, die nach dem neuen Gesetzestext erforderlich sind, warten, um sich auf die Ersitzung berufen zu können.

Nach der in der türk. Praxis und in der Doktrin herrschenden Meinung (2) ist auf Grund des neuen Plenarbeschlusses im türk. Recht die Möglichkeit einer Berufung auf die Ersitzung nicht mehr gegeben.

Im türk. Recht war auch die folgende Frage streitig: Wird die Ersitzungsfrist im Falle der Verschollenheit von der Verschollenerklärung an gerechnet oder wird gemäß Art. 34, Abs. 3 ZGB (3) diese Frist auf den Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht zurückbezogen?

Im schweiz. Recht (4) wird als Beginn der Ersitzungsfrist die Verschollen-

(1) s. darüber unten S. 149 f

(2) Velidedeoğlu/Esmer, S. 271 f; Aksoy, S. 655 ff; Öktem, S. 304 f; Sungurbey, Diss. S. 177 f. u. M. H. A. D., S. 204 ff; Akalın, S. 297; a. M. Reisoglu, Ad. D. 1954/11, S. 993 ff u. S. B. F. D., S. 368 ff; Oğuzman, S. 442 ff; Olgaç/Karahasan, S. 74 ff

(3) Art. 34 entspricht Art. 38 d. schweiz. ZGB

(4) Meier-Hayou, Art. 662, N. 15; Leemann, Art. 662, N. 12; Haab, Art. 661/663, N. 19; Pfister, S. 41; Wieland, Art. 662, 2 d.

erklärung angenommen. Der Besitz, der schon vorher bestanden hat, kommt nicht in Betracht.

Im türk.Recht (1) wird überwiegend die gleiche Meinung vertreten. Der türk. Kassationsgerichtshof bekannte sich durch mehrere Beschlüsse (2) zu der gleichen Auffassung.

d) Der Ersitzungsprätendent ist im Grundbuch eingetragen. Dies bedeutet ein Ausnahmefall. Er ist im Gesetz - im Gegensatz zu den drei anderen - nicht ausdrücklich vorgesehen. Dieser Fall wird für möglich gehalten, wenn die Voraussetzungen für eine Umwandlung einer Tabularersitzung in eine Extratabularersitzung gegeben sind (3). Eine solche Umwandlung kann aktuell werden, wenn ein Erfordernis der Tabularersitzung dahinfällt und die Voraussetzungen der Extratabularersitzung noch vorhanden sind. So bei Wegfall der Gutgläubigkeit des Ersitzungsprätendenten vor Ablauf der Zehnjahresfrist. "Was dem nichteingetragenen Bösgläubigen zugewilligt wird, kann dem eingetragenen Bösgläubigen nicht verwehrt werden" (4).

II. Voraussetzungen der Extratabularersitzung

a) Gegenstand der Extratabularersitzung

sind die Grundstücke und auch Miteigentumsanteile an Grundstücken (nicht aber Anteilsrechte von Gesamteigentümern). Jedoch gehören hierher nicht Bergwerke, Wasserrechte und öffentliche Grundstücke. Letzterwähnte können nicht auf dem Wege der Extratabularersitzung erworben werden (5).

-
- (1) Velidedeoğlu/Esmer, S. 259; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 373; Olgaç/Karahasan, S. 78 ff; Akalın, S. 297; a. M. Sungurbey, İ. H. F. M., S. 288 u. Zitate in der N. 86.
 - (2) Der Beschluß d. 7. Zivils. v. 9. 11. 1954, Nr. 2795/8742 u. vom 24. 3. 1955, Nr. 2252/3127; d. verein. Zivils. v. 7. 7. 1955, Nr. 135
 - (3) Im schweiz. Recht : Meier-Hayoz, Art. 662, N. 9; Mutzner, Art. 19, N. 13 u. 14; Haab, Art. 661/663, N. 19; Jenny, SJZ 39, S. 190 f; Guhl, ZBJV 65, 249 f; a. M. BGE 82 II 394 ff; Pfister, S. 58 f; Im türk. Recht : Sungurbey, İ. H. F. M., S. 293 ff; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 366; Der Beschluß d. verein. Zivils. v. 4. 4. 1951, Nr. 59/80
 - (4) Meier-Hayoz, Art. 661, N. 31
 - (5) Meier-Hayoz, Art. 662, N. 10 u. Art. 661, N. 7 ff; Jenny, SJZ 39, S. 178.

b) Ersitzungsbesitz

1. Hier muß es sich um Eigenbesitz handeln (Art. 888 ZGB) (1). Nach Art. 898 ZGB (2) besteht eine gesetzliche Vermutung, daß der Besitzer Eigenbesitzer sei. Dagegen muß er beweisen, daß er überhaupt Besitzer ist. Die Vermutung des Art. 905 ZGB (3) kommt für ihn nicht in Frage, da er nicht im Grundbuch eingetragen ist. Der Nachweis des Besitzes über die im Grundbuch noch nicht aufgenommenen Grundstücke wurde im türk. Recht durch das Gesetz v. 9. 3. 1954, Nr. 6335 wesentlich erschwert. Für die über eine bestimmte Größe übersteigende Grundstücke ist auch der Nachweis der Grundsteuerunterlagen für die letzten zehn Jahre erforderlich (4).
2. Ein mindestens 20-jähriger Besitz ist erforderlich. Es gibt bei der Ersitzungsfrist zwischen dem türk. - und schweiz. ZGB einen Unterschied. Während in der Schweiz die Frist der Extratabularersitzung 30 Jahre beträgt, ist sie im türk. Recht bei der Übernahme des ZGB geändert und auf 20 Jahre herabgesetzt worden. Die Frist beginnt im Zeitpunkt des Erwerbs des Eigenbesitzes. Man darf sich nach Art. 909 ZGB (5) den Besitz seines Vorgängers anrechnen, insofern auch dessen Besitz zur Ersitzung tauglich gewesen ist.

-
- (1) Art. 888 entspricht Art. 920 d. schweiz. ZGB. - - - Vgl. im schweiz. Recht ; Meier-Hayoz, Art. 662, N. 12; Leemann, Art. 666, N. 11; Haab, Art. 661/663, N. 20; Wieland, Art. 662, 2e; Pfister, S. 88 f; Jenny, SJZ, S. 178; BGE 52 II 24. - - - Im türk. Recht ; Sungurbey, İ. H. F. M., S. 298 ff; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 373 ff; Velidedeoğlu/Esmer, S. 262; Olgaç/Karahasan, S. 80 u. 17 f; Akalın, S. 299; Güral, S. 75; Akgün, Ad. D. 1952/11, S. 1307 f; Die Beschlüsse d. verein. Zivils. v. 21. 11. 1951, Nr. 5-94/86 u. 10. 10. 1951, Nr. 1-174-82/139; 7. Zivils. v. 28. 12. 1953, Nr. 2113/7214; 3. Zivils. v. 2. 2. 1951, Nr. 1646/1210; 5. Zivils. v. 20. 4. 1950, Nr. 1872/1524.
 - (2) Art. 898 entspricht Art. 930 d. schweiz. ZGB
 - (3) Art. 905 entspricht Art. 937 d. schweiz. ZGB
 - (4) s. dazu Reisoğlu, S. B. F. D., S. 375; Velidedeoğlu/Esmer, S. 265 f; Olgaç/Karahasan, S. 105 ff; Akalın, S. 300; der Beschluß d. 7. Zivils. v. 5. 5. 1955, Nr. 359/5119. - - - Dieses Gesetz wurde nach Art. 98 des neuen Gesetzes zur Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch v. 1964, Nr. 509 aufgehoben. Siehe über dieses Gesetz S. 153 unter C. Eine Beschränkung in dieser Hinsicht besteht jedoch gemäß Art. 33, Abs. 4 und 97, Abs. 1 des Gesetzes Nr. 509 v. 1964 noch weiterhin.
 - (5) Art. 909 entspricht Art. 941 d. schweiz. ZGB

Guter Glaube des Ersitzenden und das Vorliegen eines Erwerbsgrundes ist hier im Gegensatz zur Tabularersitzung nicht erforderlich.

3. Der Besitz muß während 20 Jahren ununterbrochen ausgeübt worden sein. Der Art. 889 ZGB (1) und im türk. Recht die Beschlüsse des Kassationsgerichtshofes (2) müssen hier berücksichtigt werden.

4. Der Besitz muß während 20 Jahren unangefochten ausgeübt worden sein. "Unangefochten ist der Besitz, wenn der wahre Berechtigte sein Eigentum nicht durch Erhebung der Berichtigungsklage (ZGB 975) oder der Eigentumsklage (ZGB 641 II) geltend gemacht hat, oder wenn die Geltendmachung erfolglos geblieben ist." (3).

5. Der Besitz muß bei in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücken, nämlich den im Art. 639, Abs. 2 erwähnten Fällen, sich auf den ganzen Umfang des Grundstückes laut Angabe des Grundbuches erstrecken. Nach einem Plenarbeschluß des Kassationsgerichtshofes (4) kann der Besitzer, der nur einen Teil des gebuchten Grundstücks besitzt, nicht allein das Eigentum dieses Teiles durch Extratabularersitzung erwerben.

III. Amtliche Auskündung

a) Im schweizerischen Recht (5)

Obwohl der Ersitzende nach Ablauf der Ersitzungsfrist ipso iure Eigentümer wird (6), muß er beim Richter der gelegenen Sache die Anordnung eines

(1) Art. 889 entspricht Art. 921 d. schweiz. ZGB

(2) 1. Zivils. v. 6. 11. 1944, Nr. 5584/3411 u. v. 2. 12. 1950, Nr. 2208/4643; 7. Zivils. v. 25. 12. 1952, Nr. 4487/4951 u. v. 5. 1. 1954, Nr. 2332/21; d. verein. Zivils. v. 30. 9. 1953, Nr. 5/109

(3) Meier-Hayoz, Art. 661, N. 23; Im türk. Recht die folg. Beschlüsse d. Kass.; 7. Zivils. v. 17. 3. 1953, Nr. 6433/1536; 1. Zivils. v. 15. 9. 1945, Nr. 2636/3577 u. v. 18. 12. 1950, Nr. 3591/4856.

(4) v. 18. 4. 1960, Nr. 15/7; s. Kritik dazu, Reisoglu, S. B. F. D., S. 379 f.

(5) Vgl. Meier-Hayoz, Art. 662, N. 19 ff; Jenny, SJZ, S. 179 f; Pfister, S. 129 f

(6) s. die folg. Ausf. S. 149 f

Aufgebotsverfahrens verlangen, damit er im Grundbuch eingetragen werden kann. Die zur Begründung des Gesuches erforderlichen Tatsachen sind vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen, und zwar kommt dies in Frage für das Erfordernis des 30-jährigen ununterbrochenen und unangefochtenen Besitzes. Für die anderen Tatsachen, daß das Grundstück nicht im Grundbuch aufgenommen ist, daß der Eigentümer aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, oder, daß der Eigentümer tot oder verschollen war, muß er die erforderlichen Nachweise erbringen.

Wenn nach der Prüfung des Richters feststeht, daß die Voraussetzungen im Sinne d. Art. 662, Abs. 1 u. 2 gegeben sind, wird durch den Richter die Auskündigung im kantonalen Amtsblatt oder in einen anderen, mit der amtlichen Auskündigung betrauten Organ - zweckmäßigerweise mehrmals - angeordnet. Die amtliche Auskündigung hat die Aufforderung zu enthalten, binnen einer bestimmten Frist Einsprache zu erheben. Einem evtl. Einsprecher setzt der Richter eine Frist zur Geltendmachung seiner Ansprüche vor dem ordentlichen Gericht. Erhebt dieser Klage innerhalb der angesetzten Frist nicht oder ist sie abgewiesen worden oder wurde überhaupt kein Einspruch angemeldet, so verfügt der Richter die Eintragung des Ersitzenden als Eigentümer im Grundbuch. Im Falle d. Art. 662, Abs. 1 setzt die Eintragung die vorhergehende Aufnahme des Grundstücks in das Grundbuch voraus.

b) Im türkischen Recht

Bei der Übernahme des Art. 662 d. schweiz. ZGB wurde dessen 3. Absatz nicht im ganzen Umfang übernommen. Der türk. Text enthält nur den ersten Teil des dritten Absatzes. Der weitere Teil über die amtliche Auskündigung wurde nicht in den türk. Text aufgenommen. Dies geschah wohl wegen der Annahme seitens des Gesetzgebers, daß es sich hier nur um eine für das schweiz. Recht maßgebliche formelle Regelung handele (1).

Obwohl der Satz über die amtliche Auskündigung nicht aufgenommen worden war, wurde in der türk. Praxis dieser Weg begangen und die amtliche Auskündigung vorgenommen, nachdem der 1. Senat des Kassationshofes in einer Entscheidung dies für erforderlich erklärt hatte (2). Entsprechendes ergab sich auch bei der Frage, welche Rechtswege (Prozeß oder freiwillige Gerichtsbarkeit) bei den Eintragungsansprüchen wegen außerordentlicher Ersitzung einzuschlagen seien. Weil ein Senat des Kassationsgerichtshofes den Prozeßweg

(1) s. dazu S. 22, N. 1

(2) Akgün, Ad. D. 1952/11, S. 1309

für erforderlich hielt (1), wurden in der Praxis die Eintragungsansprüche wegen Extratabularersatzung gegen die Fiskus- oder Grundbuchämter gerichtet, ohne daß jedoch der Gesetzestext darüber eine Bestimmung enthielt.

Schließlich nahm der türk. Kass. in seinem Plenarbeschluß v. 1. 12. 1948, Nr. 2/8, 9 zu beiden Fragen wie folgt Stellung: "Der Eintragungsanspruch wegen außerordentlicher Ersatzung ist nicht im Wege des Prozesse, sondern im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verfolgen."

Da Art. 639 d. türk. ZGB lediglich den Satz enthält: "Die Eintragung darf nur auf Verfügung des Richters erfolgen", der weitergehende dritte Absatz d. entsprechenden Art. 662 schweiz. ZGB aber bei der Formulierung d. türk. Gesetzes nicht berücksichtigt worden ist, bedarf es nicht einer vorherigen amtlichen Auskündigung" (2).

Als im türk. Recht die Extratabularersatzung in dieser Weise gehandhabt wurde, ist 1954 durch ein Gesetz (Nr. 6333) Art. 639 d. türk. ZGB über Extratabularersatzung geändert worden. Während die ersten zwei Absätze d. Gesetzestextes unverändert blieben, wurde der letzte Satz, der wie folgt lautet, "Die Eintragung darf nur auf Verfügung des Richters erfolgen", herausgenommen.

An dessen Stelle traten folgende drei Absätze:

"Der Eintragungsanspruch wegen außerordentlicher Ersatzung ist gegen den Fiskus und gegen die betreffende juristische Person des öffentlichen Rechts zu erheben. Er wird vom Gericht, durch die Zeitung und noch durch andere ortsübliche Mittel mindestens dreimal amtlich ausgekündigt.

Wenn binnen drei Monaten nach der letzten amtlichen Auskündigung kein Einspruch erhoben oder der erfolgte Einspruch abgewiesen worden und der erhobene Anspruch auf Eintragung bewiesen worden ist, wird ein Eintragungsbeschluß gefaßt. Zu dem Beschluß muß ein Plan oder ein Verzeichnis der Liegenschaft hinzugefügt werden. Die Bestimmungen der Sondergesetze sind vorbehalten."

Durch diese Gesetzesänderung wollte der Gesetzgeber die ungerechtfertigten Eintragungen in das Grundbuch verhindern, die beim Fehlen der amtlichen Auskündigung und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sehr leicht zustandekommen könnten und auch im Laufe der Anwendungszeit alter Vorschriften oft zustandekamen.

(1) Der Beschluß d. 3. Zivils. v. 16. 5. 1930, Nr. 5217/4399

(2) Hirsch, SJZ 50, S. 346

Bezüglich der amtlichen Auskündung ist noch die folgende Frage zu beantworten : ist nach schweiz. und türk. Recht die amtliche Auskündung als bloße formelle Voraussetzung des Rechtserwerbs durch Ersitzung zu betrachten oder ist sie eine weitere materielle Voraussetzung der Extratabularersitzung ?

Nach herrschender Meinung in beiden Rechten (1) bildet sie eine bloße formelle Voraussetzung der Extratabularersitzung.

IV. Wirkungen der Extratabularersitzung

Wann vollzieht sich der Eigentumserwerb durch Extratabularersitzung ? Über die Beantwortung dieser Frage wird man sich weder im schweiz. - noch im türk. Recht einig. Nach der in den türk. und neuen schweiz. Doktrin herrschenden Auffassung (2) vollzieht sich der Eigentumserwerb durch Extratabularersitzung von Gesetzes wegen sobald sämtliche materiellen Voraussetzungen für die Extratabularersitzung erfüllt worden sind. Dabei ist die amtliche Auskündung keine materielle, sondern nur eine formelle Voraussetzung. Die richterliche Verfügung hat keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung. Dagegen vertreten das schweiz. Bundesgericht und der türk. Kassationsgerichtshof eine andere Meinung. Nach dem schweiz. Bundesgericht (3) vollzieht sich der Eigentumserwerb nach Art. 662 ZGB durch die Eintragung in das Grundbuch, weil der Grundeigentumserwerb ohne Eintragung in das Grundbuch nur für die in Art. 656, Abs. 2 genannten Fälle möglich ist und dort eine ausdrückliche Erwähnung der Extratabularersitzung fehlt.

-
- (1) Im schweiz. Recht : Meier-Hayoz, Art. 662, N. 21; Leemann, Art. 662, N. 20; Gloor, S. 113 f; a. M. Haab, Art. 661/663, N. 22; Jenny, SJZ 39, S. 179. Im türk. Recht : Velidedeoğlu/Esmer, S. 271; Sungurbey, Diss. S. 74-83 u. İ. H. F. M., S. 796 ff. u. M. H. A. D., S. 193 ff; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 381 ff. u. Ad. D. 1957/10, S. 925 ff; Öktem, S. 312 ff; Olgaç/Karahasan, S. 102 f; Aksoy, S. 454; Küley, S. 127 f. a. M. Der Beschluß d. türk. Kass. v. 26. 5. 1954, Nr. 7/17.
- (2) Im schweiz. Recht : Meier-Hayoz, Art. 662, N. 22 ff; a. M. Haab, Art. 661/663, N. 23; Pfister, S. 130 ff; Jenny, SJZ 39, S. 181; Homberger, Art. 963, N. 36; Wieland, Art. 662, N. 3; Leemann, Art. 662, N. 21; Gloor, S. 113. Im türk. Recht : Güräl, S. 82 ff; Sungurbey, Diss. S. 72 ff. u. İ. H. F. M., S. 794 ff u. M. H. A. D., S. 192 ff; Reisoğlu, S. B. F. D., S. 388 f u. Ad. D. 1957/11, S. 991 ff; Saymen/Elbir, S. 329; Aksoy, S. 454 u. 445, N. 8a; Öktem, S. 299 ff; a. M. Velidedeoğlu/Esmer, S. 268
- (3) BGE 76 I 184 f; Vgl. Meier-Hayoz, Art. 662, N. 24

Nach dem türk. Kassationsgerichtshof (1) bewirken der 20-jährige ununterbrochene und unangefochtene Besitz und die an das Auskündungsverfahren geknüpfte Verschweigung Rechtserwerb und Rechtsverlust, so daß der richterlichen Verfügung lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt (2). Nach diesem Beschluß ist die Einspruchsfrist im neuen Text des Art. 639 keine Verjährungsfrist, sondern eine Ausschlußfrist. Mit ihrem Ablauf erlischt das Eigentumsrecht des Einspruchsberechtigten und gleichzeitig entsteht anstelle des erloschenen Eigentumsrechts das Eigentumsrecht des Besitzers.

(1) Der Plenarbeschluß v. 26. 5. 1954, Nr. 7/17

(2) Die gleiche Ansicht; Haab, Art. 661/663, N. 23; Pfister, S. 130 ff; Jenny SJZ 39, S. 181; Homberger, Art. 963, N. 36; und auch die frühere Ansicht d. schweiz. Bundesgerichts, BGE 50 II 122.

Sechstes Kapitel

Die Bemühungen im türkischen Recht zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch

§ 12 Im Rahmen des ZGB

Der 1. Absatz des Art. 639 d.türk. ZGB über Extratabularersitzung hat neben seiner Bedeutung als eine Erwerbsart des Grundeigentums noch eine weitere Bedeutung, nämlich für die Aufnahme der betr. Grundstücke in das Grundbuch. Dieser erste Absatz findet gegenüber dem 2. Absatz dieses Artikels, in dem von den in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücken die Rede ist, im türkischen Recht viel öfter Anwendung. Unter Berücksichtigung dieses Zustandes wurde 1954 durch das Änderungsgesetz Nr. 6333, dem Art. 639 d.türk. ZGB noch folgender Satz hinzugefügt: "Zu dem Eintragungsbeschluß des Richters muß ein Plan oder ein Verzeichnis der Liegenschaft hinzugefügt werden."

Man konnte aber in der Türkei allein durch die Anwendung des Art. 639 über Extratabularersitzung die Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch nicht ermöglichen. Vor allem ist dieser Weg für eine schnelle Lösung dieses Problems nicht geeignet, da seine Anwendung von dem Willen der Interessenten abhängig ist. Auf der anderen Seite, angesichts des Plenarbeschlusses von 1946, Nr. 12 (1), wonach die Eigentumsübertragung der nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke ohne Eintragung in das Grundbuch praktisch möglich geworden ist, fühlen sich die Besitzer nicht gezwungen, ihre Grundstücke irgendwie ins Grundbuch aufnehmen zu lassen.

(1) s. über diesen Plenarbeschluß des türk. Kassationsgerichtshofes S. 124 ff

Da allein durch die Eintragung aufgrund Extratabularersitzung erworbener Eigentumsrechte mit der gleichzeitig erfolgten Aufnahme der betr. Liegenschaft in das Grundbuch als einziger Weg nicht genügen konnte, um alle solche Liegenschaften in die Grundbücher aufzunehmen, mußten zur Lösung dieses Problems weitere Wege im türkischen Recht gesucht werden. Man brauchte also in der Türkei dafür andere, nur für diesen Zweck geeigneter Sondergesetze und Maßnahmen.

Der türkische Gesetzgeber hat das schon zu Anfang erkannt. In seinen Bemühungen wurde nicht nur die bloße Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch ins Auge gefaßt, sondern es sollte die Aufnahme und Beschreibung der einzelnen Grundstücke - wie im ZGB vorgesehen ist (Art. 950) (1) - aufgrund eines Planes, der auf einer amtlichen Vermessung beruht, erfolgen. Aber zur Bewältigung einer solchen Aufgabe braucht ein Land, wie die Türkei, das eine große Bodenfläche hat, viel Geld und Zeit (2). Man kann aber mit Freude feststellen, daß in der Türkei bisher in dieser Richtung viel erreicht worden ist, und die Bemühungen gehen unvermindert weiter.

Die Schritte, die in der Türkei zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch vorgenommen worden sind, gehen auf frühere Zeiten zurück (3).

Kurz vor dem Inkrafttreten des ZGB wurde das Gesetz vom 19.4.1926, Nr. 810 erlassen (4). Hierzu gehören noch das Gesetz von 1929, Nr. 1515 und dessen Änderungsgesetz Nr. 5519, die schon behandelt worden sind (5).

Heuten finden in der Türkei, neben den obengenannten, noch die folgenden Gesetze auf diesen Problembereich Anwendung (6).

- (1) Obwohl dieser Artikel in das türk. ZGB nicht aufgenommen worden ist, enthält die türk. GVo von 1930, Nr. 268 die entsprechenden Bestimmungen.
- (2) Hier kann man darauf hinweisen, daß auch in der Schweiz diese Arbeiten bis jetzt noch nicht abgeschlossen werden konnten.
- (3) Darunter sind zu erwähnen: sog. Zählungsbücher, der Erlaß des Sultans von 1902 und das Gesetz von 1913, s. S. 103 ff
- (4) s. ausführl. über dieses Gesetz und den Beschluß der Großen Türkischen Nationalversammlung, Nr. 501, insb. Velidedeoğlu/Esmer, S. 554 ff; Mardin, İ. H. F. M., S. 423 ff; Gürzümar, S. 26 ff.
- (5) s. S. 106 unter C)
- (6) Es ist sehr wünschenswert, daß durch die allgemeine Anwendung des Gesetzes von 1964, Nr. 509 (s. auf den folgenden Seiten unter C) für alle Grundstücke eine einheitliche Lage geschaffen wird. Jedoch ist das eine Frage der finanziellen Möglichkeiten.

- A) Das Gesetz über die Anlegung von Kataster und Grundbuch von 1934, Nr. 2613

Innerhalb der Städte und Kleinstädte befindliche Grundstücke werden durch dieses Gesetz aufgrund der Grundstückspläne in das Grundbuch aufgenommen (1). Außerdem enthält es (und die Verordnung zu diesem Gesetz von 1935, Nr. 3542) die Bestimmungen, die die Aufgaben und Kompetenzen der Katasterämter und die bei der Durchführung der Katasteraufnahmen anzuwendenden Vorschriften im allgemeinen festlegen.

- B) Das Gesetz zur Verteilung von Ländereien an Bauern von 1945, Nr. 4753

Der aufgrund dieses Gesetzes verteilte Boden wird durch das Schreiben des Oberbürgermeisters der betreffenden Provinz in das Grundbuch aufgenommen und die Person, der dieser Boden zugeteilt worden ist, als Eigentümer eingetragen (2).

- C) Das Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch vom 4.8.1964, Nr. 509 (3)

Durch das ältere Gesetz über die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch von 1950, Nr. 5602 und durch das neue, das vor kurzem in Kraft getre-

(1) Velidedeoğlu/Esmer, S. 586

(2) Ausführlich über dieses Gesetz s. Velidedeoğlu/Esmer, S. 607 ff. z. Zt. ist ein wichtiges Gesetz in Vorbereitung, das eine Bodenreform in der Türkei verwirklichen soll.

(3) Im Jahre 1950 war ein anderes Gesetz unter dem gleichen Namen mit der Nr. 5602 erlassen worden. Obwohl durch das neue Gesetz das frühere formell aufgehoben worden ist, stellt das neue Gesetz im wesentlichen nur eine Wiederholung des alten dar. Es wurde hinsichtlich des Verfahrens der Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch an dem gleichen System und den Prinzipien festgehalten. Jedoch wurden dabei manche Verbesserungen und Änderungen vorgenommen, die sogar große innenpolitische Auseinandersetzungen auslösten. S. dazu S. 154, N. 2; s. Ausführungen über das alte Gesetz, Nr. 5602 v. 1950 (Velidedeoğlu/Esmer, S.

ten ist, wurde in der Türkei ein wichtiger Schritt zur Aufnahme aller Grundstücke in das Grundbuch getan. Das Verfahren der Grundstücksaufnahmen, das durch das erste Gesetz eingeführt und auch bei dem neuen beibehalten worden ist, hat sich auch in der Praxis gut bewährt. Man hofft, durch die noch intensivere und allgemeinere Anwendung dieses Gesetzes (die von technischen und materiellen Möglichkeiten abhängig ist) in nicht sehr ferner Zukunft das große Problem der Türkei in Grundstücksangelegenheiten zu lösen.

Dieses Gesetz, wie das alte, will nicht nur die Aufnahme der Liegenschaften in das Grundbuch erreichen, sondern regelt auch die diesen Aufnahmen vorausgehende Vermessung der Liegenschaften. Außerdem betrifft es auch die in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke, deren Aufnahme nur unter Bezeichnung des Flächeninhalts und der Grenzen erfolgte. Die schon vorhandenen Grundstücksaufnahmen werden nach der Durchführung der Vermessungsarbeiten nach Maßgabe des Plans erneuert und die Eintragungen mit der richtigen Rechtslage in Einklang gebracht (1).

Bei neuen Eintragungen oder bei Änderungen der Einträge durch die Feststellung des richtigen oder gegenwärtigen Eigentümers ist der Besitz, dessen Erwerb und Dauer durch vorgelegte Bescheinigungen, privatschriftliche Unterlagen, Grund- und Bodensteuerunterlagen, Sachverständigen- und Zeugenaussagen bewiesen werden muß (2), maßgebend.

583 ff; Akgün, Ad. D. 1952/10, S. 1199 ff; Reisoğlu, Diss. S. 94 ff; Sungurbey (Gülümser), İst. B. D., S. 449-461; Özbilgin-İnan, Ank, 1953) s. über das Gesetz Nr. 509, v. 1964 insb. Reisoğlu, (S. B. F. Y.), Nr. 173-155, 1964; Seçkin, Çumralı, Muderrişoğlu.

- (1) Zu diesem Zweck war auch das Gesetz von 1929, Nr. 1515 erlassen worden; s. dazu vorne S. 106 ff
- (2) Einen Streitpunkt, der eine innenpolitische Auseinandersetzung in der Türkei auslöste, bildete die Formulierung des Art. 33. Bis zu welcher Größe sollten bei den neu aufzunehmenden Grundstücken zum Beweis des Besitzes allein die Zeugen- und Sachverständigenaussagen genügen? Bisher (s. S. 14^f) war diese Grenze bis 20 Dönüm (1 "Dönüm" entspricht 1000 qm). Im neuen Gesetz wurde sie auf 100 Dönüm erhöht trotz des Vetos des Staatspräsidenten, der ablehnenden Haltung der Regierung und der meisten Juristen. Die wesentlichsten Bedenken hiergegen waren, daß durch die bloßen Zeugenaussagen, deren Beweiswert sehr fragwürdig ist und ohne weiteren Beweismittelzwang, z. B. das Vorlegen der Boden- und Grundsteuerunterlagen, große Grund- und Bodenflächen, insb. staatl. Grundstücke, auf die Namen von unberechtigten Personen eingetragen

Von den Besonderheiten dieses Gesetzes, die auch bei dem früheren grundsätzlich die gleichen waren, ist noch folgendes zu erwähnen :

- a) Es findet Anwendung nur für außerhalb der Städte und Kleinstädte befindlichen Liegenschaften, daher werden insbesondere landwirtschaftlicher Grund und Boden und in Dörfern befindliche Grundstücke von diesem Gesetz erfaßt.
- b) Das Gesetz tritt nicht im ganzen Land gleichzeitig in Kraft. Seine Anwendung erfolgt nach und nach, wie es die technischen, finanziellen und zeitlichen Möglichkeiten erlauben. Nach einer zu diesem Zweck vorgenommenen Einteilung des Landes in Kreise wird das Gesetz dort angewandt, wo es das zuständige Ministerium auf Vorschlag der Grundbuch- und Kataster-Generaldirektion bestimmt.
- c) Die Eintragungen oder Eintragungsänderungen im Grundbuch über neu aufzunehmende oder schon aufgenommene Grundstücke erfolgen nicht aufgrund eines Gerichtsurteils, sondern auf Grund von Feststellungen der Katasterämter (1). Nur im Falle des Einspruchs schalten sich die Gerichte ein, und zwar nicht die ordentlichen Gerichte des betreffenden Kreises, sondern die dafür gegründeten außerordentlichen Gerichte.

würden. Der Staat müßte dann bei der bevorstehenden Bodenreform denselben Grund und Boden gegen Zahlung von Steuergeldern enteignen, um die Bodenreform verwirklichen zu können. s. darüber ausführlich Reisoğlu, S. B. F. Y., Nr. 173-155, S. 15 ff

-
- (1) Dabei sind die von ihnen einzuhaltenden Vorschriften im Gesetze sehr genau festgelegt. S. insb. Art. 32 u. 33 dieses Gesetzes.

Zusammenfassung

Die Schwierigkeiten im türk. Recht, die bei der Anwendung der Vorschriften des ZGB zum Erwerb der unter Privateigentum stehenden Grundstücke durch Rechtsgeschäfte entstanden sind, können zu einer einzigen zusammengefaßt werden, nämlich die Schwierigkeit infolge der noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke.

Die Kontroverse über die Form der öffentlichen Beurkundung hat schon längst ihr Ende gefunden.

Die Ausführungen über die Folgen der formlosen Veränderungen der in das Grundbuch schon aufgenommenen Grundstücke nach der Einführung des ZGB zeigen deutlich, wie der türk. Kassationsgerichtshof sich um die Einhaltung der Grundprinzipien des ZGB bemüht. Er achtet gleichzeitig darauf, dabei nicht mit unnötiger Schärfe vorzugehen, versucht daher unter Berücksichtigung der Landesverhältnisse die unvermeidlichen Folgen ggfs. zu mildern.

Die Schwierigkeit, die im türkischen Recht durch die noch nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke entstanden ist, war und bleibt weiterhin die größte und bedeutendste. Die Wege und Mittel zur Lösung dieses Problems sind vielfältig. Es gehört hierher neben den Bemühungen der Juristen auch die finanzielle Beteiligung des Staates. Nur mit dessen Hilfe kann die Durchführung von Katasteraufnahmen für sämtliche Grundstücke in der Türkei ermöglicht werden. Einen Weg dürfte man darin sehen (1), alle Bauern in Gegenden, in denen noch keine Katasteraufnahmen vorgenommen sind, dazu anzuhalten, ihre Grundstücke vor den Grundbuchführern zu veräußern und die Rechtsänderungen nach Maßgabe des ZGB eintragen zu lassen.

Dies ist ein mehr soziales und kulturelles als rechtliches Problem und kann nur mit der Zeit gelöst werden.

(1) s. auch Velidedeoğlu, ZSR, S. 72

Lebenslauf

Am 25.3.1929 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Mustafa Araboğlu und seiner Ehefrau Adalet in Çorum/Türkei geboren. Nach der Volksschulzeit von 1935 bis 1940 in meiner Geburtsstadt, besuchte ich in Istanbul die Mittelschule und anschließend das Gymnasium, an dem ich auch mein Reifezeugnis am 11.11.1948 erwarb. Im gleichen Jahr begann ich dann mein juristisches Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Istanbul. Nach acht Semestern beendete ich mein Studium und erwarb am 1.11.1952 mein Diplom.

Anschließend leistete ich ein Jahr lang einen Vorbereitungsdienst bei der Justiz ab. Nach einem 1 1/2jährigen Militärdienst eröffnete ich im Jahre 1955 in meiner Geburtsstadt Çorum ein Anwaltsbüro und praktizierte zwei Jahre. 1957 kam ich nach Deutschland um zu promovieren.

Frankfurt a.M., den 22.7.1964

Mümtaz Araboğlu

